

TRABAJO FIN DE GRADO



Igualdad y género en la Constitución española de 1978

Grado en Gestión y Administración Pública

AUTOR: RODRIGO MALDONADO FERNÁNDEZ
TUTORA: M^a MERCEDES SOTO GARCÍA

FACULTAD DE CIENCIAS SOCIALES Y DE LA COMUNICACIÓN
UNIVERSIDAD DE CÁDIZ

Junio de 2016

Índice de contenidos.

Índice de contenidos.....	1
Resumen.....	2
Abstract.....	2
1. Justificación.....	3
2. Metodología.....	7
3. La igualdad en la Constitución española de 1978.....	7
3.1. La discriminación.....	9
3.2. Discriminación inversa y acción positiva.....	10
4. La igualdad en la Constitución española de 1978 desde una perspectiva de género.....	11
4.1. El artículo 14 de la Constitución española: la “igualdad formal”.....	12
4.2. El artículo 9.2 de la Constitución española: la “igualdad real”.....	24
4.3. El artículo 57.1 de la Constitución española: una excepción al principio de igualdad por razón de sexo.....	26
5. La igualdad entre hombres y mujeres en la Unión Europea.....	27
5.1. Directivas de la Unión Europea relativas a igualdad de género.....	29
6. La Ley Orgánica 3/2007, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres.....	30
6.1. El fundamento jurídico de la Ley Orgánica 3/2007.....	32
7. El artículo 44 bis de la Ley Orgánica del Régimen Electoral General.....	34
7.1. La Sentencia del Tribunal Constitucional 12/2008.....	37
8. Conclusiones.....	39
Acrónimos.....	42
Bibliografía.....	43

Resumen.

Este trabajo lleva a cabo un análisis de la discriminación por razón de género desde el punto de vista del Derecho Constitucional español a través de un estudio jerárquico, desde la Constitución española de 1978 hasta un caso normativo concreto.

Para ello, en primer lugar realizamos un estudio de los conceptos de igualdad y discriminación en la Constitución española de 1978. Continuamos con el examen de la igualdad, desde una perspectiva de género, en el propio texto constitucional, centrándonos en los artículos que mayor transcendencia tienen en este ámbito: el artículo 14, “la igualdad formal”; el artículo 9.2 “la igualdad real”, y el artículo 57.1, “una excepción al principio de igualdad en la propia Constitución”, con el apoyo de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Proseguimos nuestro estudio con una investigación sobre la legislación de la Unión Europea en materia de igualdad entre hombres y mujeres ya que, debido al principio de primacía del Derecho Comunitario, éste se integra con carácter preferente en la legislación española.

A continuación, se examina la Ley Orgánica 3/2007, de igualdad de género y sus fundamentos jurídicos, para concluir el trabajo con un estudio del artículo 44 bis de la Ley Orgánica del Régimen Electoral General, que impone una composición equilibrada en cuanto a número de mujeres y hombres, en las listas electorales.

Abstract.

This project analyses gender discrimination from the point of view of Spanish Constitutional Law, throughout a hierarchical study from the Constitution of 1978 to a particular legislative case.

First at all, we perform an analysis of equality and discrimination in the Spanish Constitution. Then, we continue with the analysis of equality from a gender perspective in the Constitution. Focusing our analysis on the most significant articles in this area: article 14 “formal equality”; article 9.2 “real equality”; and article 57.1 “an exception to the principle of equality in the Constitution”, we support this section with jurisprudence.

We prosecute our study with an investigation into the legislation of the European Union on equality between men and women, which is integrated into the Spanish legislation by the principle of primacy of Community Law.

Afterwards, the Organic Law 3/2007 on gender equality is examined, to complete our project with a study of article 44 bis of the “Ley Orgánica del Régimen Electoral General”, which requires a balanced composition on the electoral lists of candidates.

1. Justificación.

La primera norma del ordenamiento jurídico español declara que “España se constituye en un Estado Social y democrático de Derecho, que promulga como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político”¹. De la lectura de este precepto surge mi inquietud de estudio sobre la igualdad y género en la Constitución española (CE) y su desarrollo normativo. En consecuencia, este trabajo pretende estudiar la respuesta que ofrece el Estado español, como Estado Social, a la discriminación sufrida por las mujeres, ya que esta es uno de los más graves signos de desigualdad.²

La violencia contra las mujeres es una realidad en todos los países del mundo. Un claro ejemplo de ello es que todos los años dan a luz más de catorce millones de adolescentes debido a relaciones sexuales forzadas y embarazos no deseados, según Amnistía Internacional. Otro ejemplo de la violencia sufrida por las mujeres es que ciento cuarenta millones de mujeres y niñas han sido sometidas a mutilación genital en todo el mundo, según la Organización Mundial de la Salud. Este tipo de discriminación es un grave problema porque atenta contra los Derechos Humanos y obstaculiza el desarrollo de la Humanidad. Como afirma la Convención para la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra las Mujeres (CEDAW), “la violencia contra la mujer es una forma de discriminación que impide gravemente el goce de derechos y libertades en pie de igualdad con el hombre”³. Esta definición incluye la violencia dirigida contra la mujer porque es mujer o la que le afecta en forma desproporcionada. Asimismo, abarca actos que infligen daños o sufrimientos de índole física, mental o sexual, amenazas de cometer esos actos, coacción y otras formas de privación de la libertad.

¹ Artículo 1.1 de la Constitución Española de 1978.

² Anteriormente, en el Estado Liberal los principios determinantes eran la libertad y la propiedad privada, con la aparición del Estado Social al Estado se le encomienda el equilibrio social; por ello la intervención del Estado es determinante en el establecimiento de unas normas de comportamientos que eviten la discriminación de las mujeres.

³ Recomendación nº 19 de la Convención para la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra las mujeres de la Organización de Naciones Unidas, aprobada el 10 de diciembre de 1948 (<http://www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/text/sconvention.htm>)

A nuestro parecer, el machismo está implantado en la sociedad, lo que conlleva la discriminación de las mujeres. Desde los *micromachismos*⁴ hasta la violencia física y psicológica, todos ellos constituyen mecanismos de superioridad de los hombres sobre las mujeres. Quizá el aspecto más revelador de este problema social sea el elevado número de mujeres asesinadas a consecuencia de actos de violencia machista como se puede observar en el siguiente gráfico sobre su evolución en los últimos años:

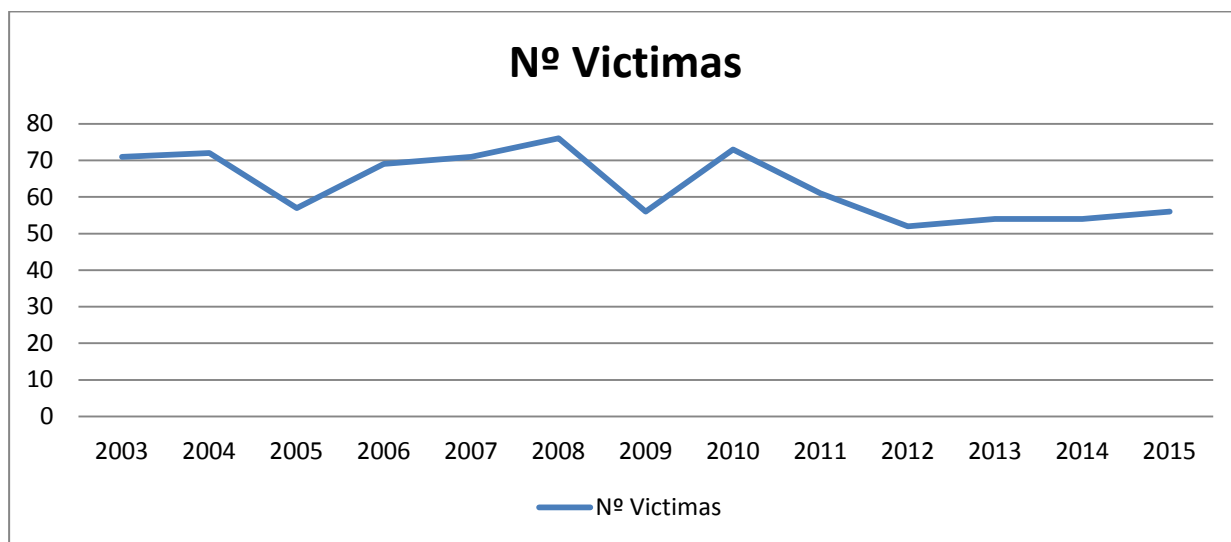


Tabla 1.1: Elaboración propia con datos de la Delegación del Gobierno para la Violencia de Género del Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad. <http://estadisticasviolenciagenero.msssi.gob.es/> (actualizado el 28/04/16)

Otro de los ejemplos que pone sobre la mesa el machismo existente es el número de denuncias por violencia de género, cuya evolución de los últimos años se muestra en el siguiente gráfico:

⁴ Micromachismo: “formas ‘micro’ de machismo, por lo casi imperceptibles, especialmente invisibles y ocultos para las mujeres que los padecen y que boicotean su creciente autonomía en el mundo actual.” (Bonino, 2007)

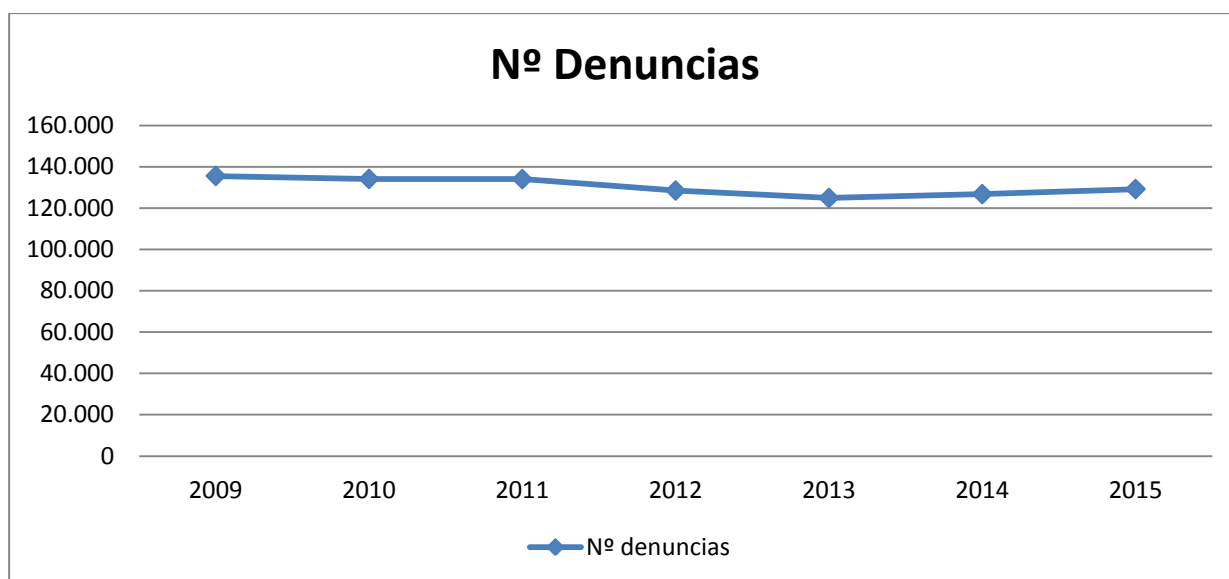


Tabla 1.2: *Elaboración propia con datos del Consejo General del Poder Judicial*
<http://www.poderjudicial.es/cgpi/es/Temas/Violencia-domestica-y-de-genero/Actividad-del-Observatorio/Datos-estadisticos/> (actualizado el 28/04/16)

Podemos observar en ambos ejemplos (denuncias y víctimas), que la cantidad, además de ser bastante alta, es constante, por lo que el problema social sigue sin solucionarse.

Esta situación de desigualdad es consecuencia de los valores patriarcales que se hallan en el mundo entero, no siendo España una excepción. A lo largo de la historia, el papel de las mujeres ha estado ordenado jerárquicamente en una posición de inferioridad, en una posición de subordinación respecto al hombre. Estos valores de dominio se han instaurado en la construcción de identidades de género desiguales, en la diferenciación sexual del trabajo recreada por la economía capitalista y en el mantenimiento de relaciones patriarcales en las relaciones sociales (Calvo Carballo, 2002). El apoyo del patriarcado en normas sociales y culturales parece una justificación de la intervención del Estado en la igualdad de género para modificar dichas normas sociales.

No debemos olvidar que la discriminación de las mujeres supone un ataque a los Derechos Humanos, los cuales corresponden a los individuos en su condición de personas. Los Derechos Humanos responden a cuestiones sobre libertad, justicia y desarrollo de los seres humanos en la Declaración Universal de los Derechos Humanos⁵. En la Constitución española a estas cuestiones se les otorga respuesta a través de los derechos fundamentales y por tanto, estos abarcan las libertades y derechos de las mujeres. Los derechos fundamentales son

⁵El 10 de diciembre de 1948, la Asamblea General de la Organización de Naciones Unidas, reunida en París, aprobó la Declaración Universal de Derechos Humanos en su resolución 217 A (III).

considerados como “leyes del más débil”, porque son “resultado de luchas o revoluciones que en cada ocasión han roto el velo de la normalidad y naturalidad que ocultaba una precedente opresión o discriminación” (Ferrajoli, 2006, p.121). Han sido “conquistados como limitaciones de correlativos poderes y en defensa de sujetos más débiles contra la ley del más fuerte que regía en su ausencia” (Ferrajoli, 2006, p.127). Por consiguiente, la discriminación de las mujeres supone una contradicción a la “ley del más débil” además de una oposición a los principios de igualdad y no discriminación que aparecen en el primer y segundo artículo de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948: “Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros” (artículo 1); y “Toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición. Además, no se hará distinción alguna fundada en la condición política, jurídica o internacional del país o territorio de cuya jurisdicción dependa una persona, tanto si se trata de un país independiente, como de un territorio bajo administración fiduciaria, no autónomo o sometido a cualquier otra limitación de soberanía” (artículo 2).

La desigualdad por razón de género es un asunto tan grave que la Organización de Naciones Unidas ha impulsado una serie de documentos con compromisos jurídicos para los Estados. Destacamos entre ellos la CEDAW, de 18 de diciembre de 1979⁶, a la que ya hemos hecho referencia en este trabajo. Esta convención es uno de los instrumentos internacionales más importantes aprobados por la Organización de Naciones Unidas en esta materia ya que es el marco jurídico básico para las políticas estatales de erradicación de la discriminación por razón de sexo. El documento obliga a los Estados a “modificar los patrones socioculturales de conducta de hombres y mujeres, con miras a alcanzar la eliminación de los prejuicios y las prácticas consuetudinarias y de cualquier otra índole que estén basados en la idea de la inferioridad o superioridad de cualquiera de los sexos o en funciones estereotipadas de hombres y mujeres”.⁷

Otro severo problema sufrido por las mujeres es la “doble discriminación”, esto es, los supuestos en los que, junto al hecho de ser mujer, se suma otro factor discriminatorio (nacimiento, raza, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o

⁶ Ratificada por España en 16 de diciembre de 1983; publicada en el Boletín Oficial del Estado (BOE) núm.69, de 21 de marzo de 1984.

⁷ Artículo 5.a de la Convención para la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra las Mujeres.

social...) que posiciona a la mujer en una situación de especial dificultad para alcanzar el completo ejercicio de sus derechos. Incluso se puede dar el caso de existencia de la discriminación por varios factores, este hecho haría que nos encontráramos ante una “discriminación múltiple”.⁸

En resumen, la elección del tema del trabajo se justifica por la discriminación que sufren las mujeres, que llega a ser, incluso, doble o múltiple como consecuencia de una sociedad patriarcal y por la violación de Derechos Humanos que sufren aquellas debido a la desigualdad entre ambos sexos. Se pretende estudiar cómo trata la Constitución la igualdad y la no discriminación en términos de género y qué mecanismos prevé para alcanzar la igualdad efectiva entre mujeres y hombres puesto que, aceptando los avances producidos en materia de la eliminación de la desigualdad por razón de sexo, (gracias, sobre todo, a la labor realizada por los movimientos feministas) aún existe una gran distancia hasta la igualdad real.

2. Metodología.

El método a utilizar en el siguiente trabajo es esencialmente jurídico por lo que, para su desarrollo, hemos realizado una búsqueda de legislación relacionada con el tema a tratar, tanto en bases de datos jurídicas electrónicas, como Aranzadi o noticiasjuridicas.com, como en el propio Boletín Oficial del Estado. Nos hemos apoyado en una revisión bibliográfica realizada en portales académicos de internet, como son Dialnet, *Scholar Google* y en la biblioteca de la Universidad de Cádiz.

Por otra parte, hemos realizado una revisión de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional relacionada con la discriminación de género a través del buscador que proporciona la propia página web de dicha institución.

3. La igualdad en la Constitución española de 1978.

El término igualdad aparece en diversos artículos de nuestra Carta Magna. En primer lugar, lo podemos encontrar en el Título Preliminar, en el artículo 1⁹ como un valor superior, y en el

⁸ Los conceptos “doble discriminación” y “discriminación múltiple” fueron ya utilizados por Kimberlé Crenshaw en la obra “Demarginalizing the intersection of Race and Sex: A black feminist critique of antidiscrimination doctrine, feminist theory and antiracism politics” (1989) refiriéndose a las mujeres negras. Su recepción como normativa europea legal no se produjo hasta el año 2000, en el preámbulo de la Directiva 2000/78/EC del Consejo de la Unión Europea.

⁹ Artículo 1.1 CE: “España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político”.

artículo 9.2¹⁰, como un mandato a los poderes públicos de promover la igualdad real. Otras manifestaciones de la idea de igualdad aparecen en el Título Primero (“De los Derechos y Deberes Fundamentales”) en los artículos 14, 23.2¹¹, 31.1¹², 32.1¹³ ó 39.2¹⁴, es decir, estamos ante un principio que abarca distintos aspectos dentro de la propia Constitución.

De estas referencias sobre la igualdad, quizás la que mayor relevancia ha adquirido ha sido la que se presenta en el artículo 14: “los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social.” Se trata de una norma que contiene un derecho de los ciudadanos y un límite de actuación para los poderes públicos¹⁵. Se ubica en la antesala del Capítulo II del Título I de la Constitución, que recoge los derechos fundamentales, es decir, el “núcleo duro” de la Constitución, pero sin incluirse dentro de la sección primera que contiene los “derechos fundamentales y las libertades públicas”. Sin embargo, el Tribunal Constitucional en numerosas ocasiones ha tendido a no descartar el derecho a la igualdad como un auténtico derecho fundamental, como en la Sentencia del Tribunal Constitucional (STC) 142/1985, de 23 de octubre de 1985¹⁶, donde el Tribunal Constitucional (TC) alude al “derecho fundamental (...) de igualdad consagrado en el artículo 14 de la Constitución española”.¹⁷

La doctrina suele afirmar que el artículo 14 CE recoge la conocida como “igualdad formal”, por contraposición con el artículo 9.2 CE que recoge la noción de “igualdad real”. El art. 9.2 CE obliga a los poderes públicos a poner en marcha acciones que eliminen los distintos obstáculos que impidan una igualdad real y efectiva. Esta previsión constitucional deriva de las situaciones concretas que nos hallamos en la realidad y de la desigualdad que existe entre

¹⁰ Artículo 9.2 CE: “Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas, remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social”.

¹¹ Artículo 23 CE: “1. Los ciudadanos tienen el derecho a participar en los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes, libremente elegidos en elecciones periódicas por sufragio universal. 2. Asimismo, tienen derecho a acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos, con los requisitos que señalen las leyes”.

¹² Artículo 31.1 CE: “Todos contribuirán al sostenimiento de los gastos públicos de acuerdo con su capacidad económica mediante un sistema tributario justo inspirado en los principios de igualdad y progresividad que, en ningún caso, tendrá alcance confiscatorio”.

¹³ Artículo 32.1 CE: “El hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica”.

¹⁴ Artículo 39.2 CE: “Los poderes públicos aseguran, asimismo, la protección integral de los hijos, iguales éstos ante la ley con independencia de su filiación, y de las madres, cualquiera que sea su estado civil. La ley posibilitará la investigación de la paternidad”.

¹⁵ STC 49/1982 (BOE núm. 185, de 4 de agosto de 1982), FJ: 2.

¹⁶ BOE núm. 283, de 26 de noviembre de 1985.

¹⁷ STC 142/1985, BOE núm. 283 de 26 de noviembre de 1985, FJ: 1.

los distintos ciudadanos y grupos sociales: aunque se consideren iguales ante la ley, realmente no son iguales.

Aparentemente existe una contradicción: se obliga a los poderes públicos y al legislador a tratar por igual a todos los ciudadanos, mas la realidad requiere abordar situaciones diferentes y exige a los poderes públicos que hagan lo necesario por situar en una posición de igualdad real a aquellos que están en condiciones inferiores. De esta manera, el principio de igualdad impone al legislador tratar por igual a todos los ciudadanos. Sin embargo, el legislador también puede, sin duda, tratar desigualmente a quienes se encuentran en situaciones diferentes. Para que sea constitucionalmente admisible este trato desigual debe existir una justificación objetiva, razonable (que sea coherente con el sistema de valores y principios constitucionales), eficaz (que cumpla lo que se propone), y proporcional (para evitar resultados desmedidos). En resumen, la igualdad constitucional se consigue con el trato igual a los iguales y el trato desigual a los desiguales, pues si tratásemos de manera desigual a iguales o viceversa, estaríamos ante una discriminación, noción que examinaremos en el siguiente apartado.

3.1. La discriminación.

En el artículo 14 CE aparece, junto al mandato de igualdad y no menos importante, una prohibición de la discriminación por razón de “nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social”. En relación con esta noción de discriminación, el Tribunal Constitucional declaró lo siguiente: “Esta referencia expresa a tales motivos o razones de discriminación no implica el establecimiento de una lista cerrada de supuestos de discriminación[...], pero sí representa una explícita interdicción de determinadas diferencias históricamente muy arraigadas y que han situado, tanto por la acción de los poderes públicos como por la práctica social, a sectores de la población en posiciones, no solo desventajosas, sino contrarias a la dignidad de la persona que reconoce el art. 10.1 CE”¹⁸.

No obstante, incluso tratándose de una desigualdad basada en las causas mencionadas en el art. 14 CE habría que determinar el efecto jurídico de estas causas de discriminación para comprobar si esta desigualdad es inconstitucional; pues como aprecia el Tribunal Constitucional, “en tales supuestos, el canon de control al enjuiciar la legitimidad de la

¹⁸ STC 59/2008, de 14 de mayo de 2008 (BOE núm. 135, de 4 de junio de 2008), FJ: 5.

diferencia y las exigencias de la proporcionalidad resulta mucho más estricto, así como más rigurosa la carga de acreditar el carácter más justificado de la diferenciación”.¹⁹

No estamos ante una lista cerrada de supuestos discriminatorios, sino ante una enumeración básica de supuestos pues, añade el texto, “cualquier otra condición o circunstancia personal o social” para extender la lista proporcionada. El artículo 14 prohíbe pues todo tipo de discriminación y, de manera especial, la que se mantenga sobre alguno de los supuestos expresamente mencionados en la norma.

Por tanto, el principio de igualdad impide toda discriminación; pero si el trato desigual que se entiende como discriminatorio se refiere a alguna de las causas expuestas en el artículo 14 CE, “el análisis de su fundamento objetivo y razonable será preciso, lo que, lógicamente, conlleva la exigencia correlativa de que la fundamentación objetiva y razonable sea especialmente manifiesta” (Espín, 2013, p.163).

3.2. Discriminación inversa y acción positiva.

El artículo 14 CE debe entenderse como una acepción dinámica: no se trata de mantener la sociedad como se encuentra, sino de promover actuaciones diferenciadas para buscar una igualdad real, con el objetivo de equiparar a las clases o sectores desfavorecidos con aquellos que gozan de una mejor posición. Si no se realizase esta distinción podría darse el caso de beneficiar con el principio de igualdad a aquellas capas de la sociedad que se encontrasen en una situación óptima.

Se pueden distinguir dos formas de trato favorable a colectivos desfavorecidos: la *acción positiva* y la *discriminación inversa*²⁰:

- La acción positiva consiste en desarrollar políticas públicas a favor de un determinado grupo, que no perjudican a nadie. Estas políticas pueden clasificarse en: normas jurídicas, servicios de personal, recursos materiales y persuasión. Un ejemplo claro son las subvenciones.
- La discriminación inversa consiste en tratar de manera favorable a determinadas personas en detrimento de otras. La discriminación inversa debe incluir en su justificación al menos dos condiciones: que el trato sea adecuado con el fin que se

¹⁹ STC 59/2008, FJ: 5.

²⁰ Término que nació en la India en los años 30 como una política aceptada por los colonizadores británicos para superar la división en la sociedad (Ruiz Miguel, 1996).

pretende y que muestre respeto con los derechos de los individuos a los que pueda afectar.

Ambas técnicas de trato favorable encajan en la concepción del art. 9.2 CE ya que en éste se obliga a los poderes públicos a promover la igualdad real y efectiva. En una lectura conjunta de los arts. 14 y 9.2 CE, la acción positiva y la discriminación inversa son constitucionalmente admitidas. Luego, no se pueden considerar discriminatorias acciones de los poderes públicos destinadas a favorecer a colectivos históricamente marginados con el fin de que estos colectivos vean enmendada su situación de desigualdad.

Una vez aceptado que estas situaciones son constitucionalmente admisibles hay que recordar que deben existir dos presupuestos: un colectivo que se encuentra en situación de desventaja y una medida que tenga como objetivo superar la desigualdad (García Morillo, 2010).

4. La igualdad en la Constitución española de 1978 desde una perspectiva de género.

La igualdad entre hombres y mujeres es, actualmente, una asignatura pendiente en la sociedad. Existe discriminación hacia las mujeres en distintos ámbitos de la sociedad desde salarios hasta aspectos más graves como es la violencia de género.

El art. 14 CE prohíbe expresamente cualquier discriminación por razón de sexo con el objetivo de terminar con la situación de inferioridad en la vida de la mujer. Este artículo supuso un cambio radical ya que en él se plasman tendencias universales a favor de la equiparación de sexos (López Guerra, 2000). Como podemos constatar en diversos aspectos, esta igualdad no es real ni efectiva, como se manifiesta en la brecha salarial entre mujeres y hombres pues éstos ganan de media un 16% más que las mujeres²¹; o el conocido como techo de cristal, pues en España únicamente el 12,8% de los miembros de alta dirección de las grandes empresas son mujeres.²²

La igualdad en la CE se fundamenta en tres cláusulas, como hemos señalado anteriormente²³: el artículo 1 de la CE relativo a la igualdad como un valor superior; el artículo 9.2 de la CE relativo al mandato a los poderes públicos de la promoción de la igualdad real y efectiva; y el artículo 14 relativo al derecho fundamental de igualdad. Por consiguiente, la igualdad entre

²¹ Fuente: http://ec.europa.eu/justice/gender-equality/gender-pay-gap/index_es.htm (actualizado el 3/6/2016).

²² Fuente: http://economia.elpais.com/economia/2016/03/22/actualidad/1458667563_104536.html (actualizado el 3/6/2016).

²³ Véase punto 2.1. de este trabajo.

ambos sexos debe ser real y efectiva, además de ser un valor superior y un derecho fundamental (Lorenzo Rodríguez-Armas, 2001).

Las mujeres, como colectivo, no se contemplan en la Constitución. Tampoco se contempla la discriminación al sexo femenino, sino el sexo como circunstancia discriminatoria. No obstante, en la CE encontramos la igualdad, cuyo fin último es dignidad humana, a la cual también se hace referencia en nuestro texto constitucional en el artículo 10.1²⁴. Entendemos que al encontrarse las mujeres en situaciones de inferioridad frente a los hombres, se daña su dignidad, impidiéndoles desarrollar su personalidad y sus derechos como ciudadanas plenas.

4.1. El artículo 14 de la Constitución española: la “igualdad formal”.

El artículo 14 introdujo grandes aportaciones en materia de derechos en razón de sexo en España. Por otra parte, también fue objeto de críticas, entre ellas el reproche de que ninguna mujer participó en la redacción del anteproyecto del texto constitucional²⁵ lo que, incluso, motivó que un grupo de mujeres se asociasen y formasen la Plataforma de Organizaciones Feministas, denunciando la exclusión de las mujeres de la redacción y algunas carencias en el texto para el logro de la igualdad.

El Tribunal Constitucional ha definido el principio de igualdad como la prohibición de toda diferencia de trato que carezca de justificación objetiva y razonable, además:

- Ha establecido criterios que permiten distinguir si la desigualdad de trato es justificada o es discriminatoria.
- Ha otorgado a las categorías enunciadas en el artículo 14 la condición de “categorías sospechosas de discriminación”. El trato desigual basado en alguna de estas categorías debe ser expuesto a una verificación rigurosa que demuestre la justificación objetiva y razonable que se necesita para demostrar que el trato no es discriminatorio.
- Ha aceptado, de manera prudente, leyes singulares o de caso único, compatibles con el principio de igualdad y, a su vez, respalda la validez de medidas de acción positiva y

²⁴ Artículo 10.1 CE: “La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social”.

²⁵ El anteproyecto de la Constitución Española fue redactada por Gabriel Cisneros Laborda, Miguel Herrero Domínguez de Miñón, José Pedro Pérez-Llorca Rodrigo, Gregorio Peces-Barba Martínez, Jordi Solé Tura, Manuel Fraga Iribarne, Miquel Roca i Junyent, miembros de la Ponencia designada por la Comisión de Asuntos Constitucionales y Libertades Públicas del Congreso de los Diputados, conocidos como “Los padres de la Constitución”.

discriminación inversa en relación con grupos sociales desfavorecidos²⁶, como son las mujeres.

A continuación, se mostrarán diferentes supuestos de intervención del Tribunal Constitucional de acuerdo con el artículo 14 CE, en relación con la discriminación por razón de sexo. En primer lugar, se presentan algunos supuestos de jurisprudencia de equiparación y posteriormente algunos supuestos de jurisprudencia de compensación. En la jurisprudencia de equiparación el Alto Tribunal realiza un enfoque formal y neutro, pues no se toma como referencia la realidad social de la mujer, sino el hecho de que el acto o la norma sean discriminatorios por razón de sexo (Rey Martínez, 1995), mientras que en la jurisprudencia de compensación el TC examina casos en los que, en apariencia, se conceden ventajas a la mujer en relación los hombres ya que se tiene en cuenta la realidad social (Ruiz Carbonell, 2009).

Por ser contrarias a la prohibición constitucional de discriminación por razón de sexo, el TC ha dictado sentencias dentro de la llamada jurisprudencia de equiparación, tanto por discriminación directa como por discriminación indirecta, y sentencias con características de ambas. Por una parte, la discriminación directa es el tratamiento jurídico diferenciado y desfavorable a una persona por razón de su sexo, con independencia de los motivos que hayan movido al causante (Sáez, 1994); por otra parte, la discriminación indirecta son aquellos “tratamientos formalmente no discriminatorios de los que derivan, por las diferencias fácticas que tienen lugar entre trabajadores de diverso sexo, consecuencias desiguales perjudiciales por el impacto diferenciado y desfavorable que tratamientos formalmente iguales o tratamientos razonablemente desiguales tienen sobre los trabajadores de uno y de otro sexo a causa de la diferencia de sexo”.²⁷

1) En el caso de discriminación directa, entre otras, cabe citar:

- a) La STC 7/1983, de 14 de febrero de 1983²⁸, que declara inconstitucional la cláusula que incluía la Compañía Telefónica Nacional de España por celibato, es decir, suspendía el contrato de trabajo para el personal femenino por causa de matrimonio. El Tribunal la declara inconstitucional por discriminatoria, pues no producía los mismos efectos en relación con el personal masculino.
- b) La STC 166/1988, de 26 de septiembre de 1988²⁹, que concede el amparo a una empleada embarazada tras la resolución unilateral del contrato de trabajo por parte del

²⁶ Sinopsis Artículo 14 CE: <http://www.congreso.es/consti/constitucion/indice/sinopsis/> (actualizado el 03/05/16)

²⁷ STC 145/1991, de 1 de julio de 1991 (BOE núm. 174, de 22 de julio de 1991), FJ: 2.

²⁸ BOE núm. 58, de 9 de marzo de 1983.

²⁹ BOE núm. 247, de 14 de octubre de 1988.

Instituto Nacional de Salud, alegando la trabajadora que la razón había sido su embarazo. El Alto Tribunal resuelve exponiendo que “era el Instituto Nacional de Salud a quien correspondía, según doctrina del Tribunal Constitucional, probar que la causa del despido o resolución contractual obedecía a una causa razonable, excluyente de la violación del derecho constitucional, que ampara la igualdad en el acceso al trabajo (art. 35 C.E.) y, según la actora, también su permanencia e incluso el derecho a un puesto de trabajo dentro de la empresa compatible con su estado”.³⁰

- c) La STC 229/1992, de 14 de diciembre de 1992³¹. Otorga el amparo a la recurrente por reconocer su derecho a no ser discriminada por su condición de mujer. El TC estima su pretensión de ocupar en igualdad con los trabajadores varones una plaza de ayudante minero en Hulleras del Norte S. A., que le había sido denegada por la aplicación del art.1 del Decreto de 1957, que prohibía ciertos trabajos a la mujer, entre ellos el de minera, a pesar de haber superado la prueba de admisión.³²
- d) La STC 173/1994³³, de 7 de junio de 1994³⁴, que declara el derecho de la recurrente a no ser discriminada por su condición de mujer (art. 14 C.E.). El TC defiende que “la discriminación por razón de sexo no comprende sólo aquellos tratamientos peyorativos que encuentren su fundamento en la pura y simple constatación del sexo de la persona perjudicada. También comprende estos mismos tratamientos cuando se fundan en la concurrencia de condiciones o circunstancias que tengan con el sexo de la persona una relación de conexión directa e inequívoca. Tal sucede con el embarazo, elemento o factor diferencial que, por razones obvias, incide de forma exclusiva sobre las mujeres (...) La sentencia de instancia estima que el embarazo de la trabajadora fue la causa determinante de la conducta de la Administración pública empleadora. Declarado expresamente probado este hecho en la instancia (porque la Administración

³⁰ STC166/1998, FJ: 1.

³¹ BOE núm. 16, de 19 de enero de 1993.

³² STC 229/1992, FJ: 1.

³³ Esta sentencia, según Fernando Rey, extiende mucho más allá el ámbito de la protección de la trabajadora grávida, ya que en ella el empleador (Ministerio de Cultura) no despidió a la recurrente, sino que simplemente no le renovó el contrato temporal a consecuencia de su embarazo, ya que “no puede sostenerse en modo alguno que sólo cuando está en curso una relación laboral pueda generarse una conducta de esta naturaleza, y mucho menos cuando esa relación laboral podría haber continuado normalmente, a través de la oportuna prórroga o nueva contratación sucesiva, y ello no se produce a consecuencia del hecho del embarazo sobrevenido de la mujer. De sostenerse la postura anterior, quedarían al margen de tutela algunas de las más notorias consecuencias de la discriminación como mal social a erradicar por mandato constitucional (las especiales dificultades en el acceso al empleo de los colectivos discriminados o, en el caso de la mujer, la continuidad de su propia carrera profesional por la maternidad)” (Rey, 1995).

³⁴ BOE núm. 163, de 9 de julio de 1994.

no pudo aportar elementos probatorios que desvirtuaran el clima discriminatorio puesto de manifiesto por la trabajadora)”.³⁵

e) La STC 39/2002, de 14 de febrero de 2002³⁶. Declara inconstitucional y derogado por la Constitución el art. 9.2 del Código Civil por la vulneración del derecho a la igualdad entre los cónyuges (art. 32.1 CE), y de la prohibición de discriminación por razón de sexo (art. 14 CE), al afirmar que “ la mera utilización de un punto de conexión que da preferencia al varón supone en sí una vulneración del derecho a la igualdad, siendo así, hasta en los supuestos en que el resultado de la aplicación de tal norma en cada caso concreto resulte más favorable a la mujer”.³⁷

f) La STC 144/2003, de 14 de julio de 2003³⁸. Otorga el amparo al recurrente y reconoce su derecho a no sufrir discriminación por materia de sexo (artículo 14 CE) ya que se concede la “custodia de la hija menor del matrimonio a la madre mediante la aplicación al caso de una norma ya derogada, el art. 159 del Código Civil en su redacción anterior a la modificación introducida por la Ley 11/1990, de 15 de octubre, precisamente para eliminar la discriminación por razón de sexo que dicho precepto, en esa redacción anterior a la citada reforma legal, establecía, al determinar que en caso de separación y a falta de acuerdo de los padres, los hijos e hijas menores de siete años quedasen al cuidado de la madre, salvo que el Juez, por motivos especiales, proveyere de otro modo. En consecuencia, la aplicación del precepto derogado ha provocado asimismo una discriminación por razón de sexo en perjuicio del demandante”.³⁹

2) En el caso de discriminación indirecta, han tenido una repercusión importante:

a) La STC 58/1994, de 28 de Febrero de 1994⁴⁰. Reconoce el derecho de las trabajadoras afectadas por el conflicto colectivo a no ser discriminadas por razón de sexo y declara el derecho de los trabajadores y trabajadoras, con categoría de oficiales de primera y segunda de actividades complementarias, a percibir el complemento de cantidad y calidad en la misma cuantía que el asignado a los profesionales de primera y segunda de industria, respectivamente. El problema planteado se refiere a que trabajadoras de la empresa Antonio Puig S.A., pese a ostentar categorías profesionales equivalentes, y hasta superiores en algunos casos a la de sus compañeros varones, obtenían una retribución mensual menor a la de los varones. El TC fundamenta su decisión en que

³⁵ STC 173/1994, FJ: 2.

³⁶ BOE núm. 63, de 14 de marzo de 2002.

³⁷ STC 39/2002, FJ: 5.

³⁸ BOE núm. 193, de 13 de agosto de 2003.

³⁹ STC 144/2003, FJ: 1

⁴⁰ BOE núm. 71, de 24 de marzo de 1994.

la empresa no justifica la diferencia de trabajos entre hombres y mujeres, pues el único criterio establecido era el de mayor esfuerzo físico desempeñado por varones, es decir, una actitud sexista.⁴¹

- b) La STC 214/2006, de 3 de julio de 2006⁴². El TC otorga el amparo solicitado por la recurrente porque ha sido vulnerado su derecho a no ser discriminada por su condición de mujer (art. 14 CE). El Instituto Nacional de Empleo no incluyó a la recurrente entre las personas candidatas en un puesto de trabajo ya que se encontraba de baja por maternidad, pese a reunir los requisitos y tener experiencia en el puesto de trabajo. El TC se encuentra “ante un recurso de amparo de los previstos en el art. 43.1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional⁴³, dirigido directamente contra la decisión del Instituto Nacional de Empleo de suspender la demanda de empleo de la trabajadora y contra la posterior resolución administrativa que desestimó su reclamación al efecto”⁴⁴. Sin embargo, el TC centra su resolución en “determinar si la demandante de amparo ha sido objeto de una conducta contraria al derecho fundamental a la no discriminación consagrado en el art. 14 CE.” por lo que el TC fundamenta, como en otras Sentencias que hemos visto anteriormente, que “lo que se refiere específicamente a la prohibición de discriminación por razón de sexo, que tiene su razón de ser en la voluntad de terminar con la histórica situación de inferioridad, en la vida social y jurídica, de la mujer (...)partiendo de que los tratos desfavorables en el trabajo basados en el embarazo o en la maternidad, al afectar exclusivamente a la mujer, constituyen una discriminación por razón de sexo proscrita por el art. 14 CE”.⁴⁵
- c) La STC 3/2007, de 15 de enero de 2007⁴⁶. El TC reconoce a la recurrente su derecho fundamental a la no discriminación por razón de sexo (art. 14 CE) y entiende que había sido discriminado, al no concedérsele una solicitud de reducción de jornada laboral por guarda legal de una hija menor de seis años. El TC interpreta que debe centrarse “en determinar si la demandante de amparo ha sido objeto de una decisión contraria al derecho a la no discriminación por razón de sexo consagrado en el art. 14

⁴¹ STC 58/1994, FJ: 2, 3, 4.

⁴² BOE núm. 185, de 4 de agosto de 2007.

⁴³ Artículo 43.1 LOTC: “Las violaciones de los derechos y libertades antes referidos originadas por disposiciones, actos jurídicos, omisiones o simple vía de hecho del Gobierno o de sus autoridades o funcionarios, o de los órganos ejecutivos colegiados de las comunidades autónomas o de sus autoridades o funcionarios o agentes, podrán dar lugar al recurso de amparo una vez que se haya agotado la vía judicial procedente”.

⁴⁴ STC 214/2006, FJ: 1.

⁴⁵ STC 214/2006, FJ: 3.

⁴⁶ BOE núm. 40, de 15 de febrero de 2007.

CE.”⁴⁷. Establece en su argumentación que “la virtualidad del art. 14 CE no se agota en la cláusula general de igualdad con la que se inicia su contenido, sino que, a continuación, el precepto constitucional se refiere a la prohibición de una serie de motivos o razones concretos de discriminación (...) por lo que se refiere específicamente a la prohibición de discriminación por razón de sexo, que tiene su razón de ser en la voluntad de terminar con la histórica situación de inferioridad, en la vida social y jurídica, de la mujer”.⁴⁸

3) Sentencias con rasgos de discriminación directa y discriminación indirecta:

- a) La STC 145/1991, de 1 de julio de 1991⁴⁹, en la que el TC concede el amparo solicitado por las recurrentes al reconocerles el derecho a no ser discriminadas en su salario por razón de sexo. En cuanto a discriminación directa, el TC entiende que las recurrentes han sido discriminadas al no ser igual retribuidas por trabajos de igual valor; en cuanto a discriminación indirecta, por la desigual valoración de trabajos equivalentes.

En lo relativo a discriminación directa, el TC fundamenta, una vez más que “la prohibición constitucional de discriminación por características personales y en particular por el sexo, como signo de pertenencia de la mujer a un grupo social determinado, objeto históricamente de infravaloración social, económica y jurídica, se conecta también con la noción sustancial de igualdad.(...) probada esta circunstancia, es evidente que la diferenciación salarial resultante vulnera la prohibición contenida en el art. 14 C.E., de forma tal que no es posible justificación alguna de la conducta de la entidad demandada”.⁵⁰

En cuanto a la discriminación indirecta, el órgano judicial ordinario argumentaba que “limpiadoras y peones estaban encuadrados en categorías distintas entre las que existían unas marcadas diferencias que había que calificar de ‘fundadas y razonables’, en atención a la mayor penosidad y esfuerzo físico que caracteriza a la categoría de Peón respecto a la de Limpiadora, con independencia del sexo de quien la desempeña”⁵¹. Ante esto, el TC declara que “se ha partido de una premisa no demostrada, la mayor penosidad y esfuerzo físico, dando más valor así injustificadamente a una cualidad predominantemente masculina, desconociéndose

⁴⁷ STC 3/2007, FJ: 2.

⁴⁸ STC 3/2007, FJ: 2.

⁴⁹ BOE núm. 174, de 22 de julio de 1991.

⁵⁰ STC 145/1991, FJ: 2 y 3.

⁵¹ STC 145/1991, FJ: 1.

otras características del trabajo (atención, cuidado, asiduidad, responsabilidad, etc.) más neutras en cuanto a su impacto en cada uno de los sexos”⁵² demostrando así la discriminación indirecta.

- b) La STC 240/1999, de 20 de diciembre de 1999⁵³. Otorga el amparo solicitado al declarar que las resoluciones recurridas han vulnerado el derecho a no ser discriminada por razón de sexo (art. 14 C.E.). Fundamenta su resolución en que “cuando se denuncia una discriminación indirecta, no se exige aportar como término de comparación la existencia de un trato más beneficioso atribuido única y exclusivamente a los varones; basta, como han dicho tanto este Tribunal como el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, que exista, en primer lugar, una norma o una interpretación o aplicación de la misma que produzca efectos desfavorables para un grupo formado mayoritariamente, aunque no necesariamente de forma exclusiva, por trabajadoras femeninas”.⁵⁴

En otro orden, han tenido gran trascendencia las sentencias de la llamada jurisprudencia de compensación, entre las que destacan:

- 1) La STC 128/1987, de 16 de julio de 1987⁵⁵. Fernando Rey Martínez afirma que esta sentencia es el *leading-case*⁵⁶, ya que marca un antes y un después de la jurisprudencia pues señala “el abandono del enfoque exclusivamente formal y neutro del TC, al conectar la problemática de la discriminación por sexo con la situación histórica de marginación de la mujer, posibilitando el examen crítico de las regulaciones laborales aparentemente “protectoras”, pero que, en realidad, dificultaban o incluso impedían el acceso y la promoción en el empleo de las mujeres; (...). De modo que la tendencia en este periodo (que llega hasta el momento actual) es a distinguir el principio de igualdad en el contenido de la norma (art. 14a CE) del mandato de no discriminación (art. 14b CE)” (Rey Martínez, 1995, pp. 9-10).

El actor, un varón que no obtendrá éxito finalmente en su pretensión, recurre en amparo ante el TC por entender que era discriminatorio el distinto régimen de prestaciones en concepto de guardería otorgado por su empleador, el Instituto de Salud: mientras que todas las trabajadoras con hijos menores de seis años, e independientemente de su estado

⁵² STC 145/1991, FJ: 5.

⁵³ BOE núm. 17, de 20 de enero de 2000.

⁵⁴ STC 240/1999, FJ: 7.

⁵⁵ BOE núm. 191, de 11 de agosto de 1987.

⁵⁶ El “caso líder” es el que inicia una tendencia, pero esta puede ser referida a una cuestión puntual y no importante para el sistema jurídico en su conjunto.

civil, tenían derecho a percibir una prestación por guardería, este derecho se atribuía únicamente a los trabajadores con hijos menores de seis años que fueran viudos.

El Tribunal Constitucional realiza la siguiente interpretación:

Procede examinar si existen diferencias entre trabajadoras y trabajadores con hijos que justifiquen un tratamiento especial en los costes de guardería a las trabajadoras. No puede admitirse, como justificación de la diversidad de trato, que las esposas de los trabajadores casados pueden atender a los hijos pequeños, por lo cual esos trabajadores no necesitarán que se les subvencione los gastos de guardería, mientras que las trabajadoras con hijos sí lo necesitarán, para compensar la imposibilidad de prestar tal atención debido a su trabajo (...) pues no se adecua a las previsiones igualitarias entre hombres y mujeres contenidas en la Constitución, contrarias a la discriminación por razón de sexo tanto en forma general (art. 14) como en áreas específicas, tales como el matrimonio (art. 32.1), el trabajo (art. 35.1) y el cuidado de los hijos comunes (art. 39.3), convirtiendo en inadmisibles una posición que parte de la dedicación exclusiva de la mujer a las tareas domésticas, y de la exclusión absoluta del hombre de las mismas, como resulta de la justificación a que hemos aludido⁵⁷. Existe una realidad social de la atribución en la práctica a la mujer del núcleo mayor de las cargas derivadas del cuidado de la familia. Ello supone evidentemente un obstáculo muchas veces insalvable para el acceso al trabajo y que se manifiesta en el dato de la extremadamente baja participación de la mujer casada en la actividad laboral.⁵⁸

La diferencia entre hombres y mujeres con hijos de corta edad reside en que existe una innegable y mayor dificultad para la mujer con hijos de corta edad para incorporarse al trabajo o para permanecer en él, dificultad que tiene orígenes muy diversos, pero que coloca a esta categoría social en una situación de hecho claramente desventajosa respecto a los hombres en la misma situación. En tanto pues, esta realidad perdure, no pueden considerarse discriminatorias las medidas tendentes a favorecer el acceso al trabajo de un grupo en situación de clara desigualdad social.⁵⁹

Por tanto, el Tribunal Constitucional concluye que “el recurrente no se encuentra en la misma posición que el conjunto social que toma como punto de referencia, y que el tratamiento desigual otorgado a este no constituye por tanto una discriminación prohibida por el art. 14 de la C.E., sino, por el contrario, una medida destinada a paliar la

⁵⁷ STC 128/1987, FJ: 9.

⁵⁸ STC 128/1987, FJ: 10.

⁵⁹ STC 128/1987, FJ: 10.

discriminación sufrida por ese conjunto social y que responde al mandato constitucional contenido en el art. 9.2 del Texto fundamental. No hay, en consecuencia, vulneración del principio de igualdad, al darse tratamientos diferentes a sujetos en situaciones que resultan distintas, de acuerdo con criterios razonables a juicio de este Tribunal”.⁶⁰

2) Algunas sentencias en que el TC declara las medidas paternalistas o falsamente protectoras de la mujer:

a) La STC 207/1987, de 22 de diciembre de 1987⁶¹. El TC estima el recurso de amparo al reconocer el derecho de los recurrentes a no ser discriminados por razón de sexo en su pretensión de optar por el retiro anticipado (la norma de un convenio colectivo que otorgaba a las auxiliares de vuelo mayores de treinta y cinco años y menores de cuarenta) como Auxiliares de Vuelo masculinos de “Iberia, Líneas Aéreas de España, Sociedad Anónima”. El propio Tribunal “ha declarado en forma reiterada que existe una discriminación cuando dos casos sustancialmente iguales son tratados de manera diferente sin razón bastante que justifique esa diferencia de trato. El sexo en sí mismo no puede ser motivo de trato desigual, ya que la igualdad entre ambos sexos está reconocida expresamente por el art. 14 de la Constitución. La Sentencia impugnada no niega este principio, pero afirma que en este supuesto concurre una causa que justifica la diferencia de trato ‘ya que se entiende que la mujer, por sus condiciones físicas, aconseja y hasta impone, en el ejercicio de las funciones de Auxiliar de Vuelo, una presencia atractiva que normalmente demanda el personal receptor de estos servicios y, por tanto, unas peculiaridades que no son exigibles al hombre y que, estando en función de la edad, aconsejan posibilitar la anticipación del cese de la mujer en tal servicio’. Este argumento es con toda evidencia inaceptable.” Por tanto este argumento “vulnera el art. 14 de la Constitución, por lo cual procede declarar su nulidad”.⁶²

b) La STC 142/1990, de 20 de septiembre de 1990⁶³. En la que el TC declara inconstitucional y, por tanto, nulo, art. 3.1⁶⁴ del Decreto-ley de 2 de septiembre de

⁶⁰ STC 128/1987, FJ: 11.

⁶¹ BOE núm. 7, de 8 de enero de 1988.

⁶² STC 207/1987, FJ: 2.

⁶³ BOE núm. 254, de 23 de octubre de 1990.

⁶⁴ Artículo 3 del Decreto-ley del Seguro de Veje e Invalidez: “La Caja Nacional del Seguro de Veje e Invalidez del Instituto Nacional de Previsión concederá con cargo a sus fondos una prestación a las viudas de los trabajadores beneficiarios del expresado Seguro, o de aquellos que hubieren tenido derecho a él, que fallezcan con posterioridad a la fecha de entrada en vigor del presente Decreto-ley, siempre que reúnan las condiciones siguientes: a) Haber cumplido sesenta y cinco años de edad o encontrarse totalmente incapacitado para todo trabajo. b) Que no tenga derecho al Seguro de Veje o de Invalidez. c) Que hubiese contraído matrimonio, por lo menos, con diez años de antelación a la fecha de fallecimiento del causante. d) Que hasta la fecha del

1955 por el que se eleva la prestación del Seguro de Vejez e Invalidez⁶⁵, en cuanto excluye a los viudos de la pensión de viudedad del Seguro Obligatorio de Vejez e Invalidez. El art 3, “reservaba la pensión de viudedad a las personas viudas del sexo femenino que reunieran unos determinados requisitos a la muerte de su cónyuge, dejando al personal masculino fuera de su acción protectora por este concepto. De ahí que, tras la entrada en vigor de la Constitución, se pusiera en duda la validez de esa norma en virtud de la incidencia en ella y en la normativa anterior del principio de igualdad y no discriminación por razón de sexo, establecido por el art. 14 CE”.⁶⁶

- c) La STC 28/1992, de 9 de marzo de 1992⁶⁷. En esta sentencia el TC deniega el amparo de un trabajador varón que recurre una norma de convenio que establecía una ventaja en beneficio exclusivo de las trabajadoras. El asunto que resuelve la STC 28/1982 es el siguiente: el convenio colectivo de Telefónica concedía un plus de transporte nocturno sólo a sus trabajadoras (hasta 1985, en que se extiende a todos los empleados). El TC considera “no existen elementos, ni en los antecedentes de la norma convencional, ni en la resolución judicial que permitan entender que estamos ante una medida establecida para favorecer la promoción del trabajo de la mujer, sino más bien, (...) se parte de una noción diferenciadora de la mujer a la que se supone sujeta a unos riesgos que nunca amenazan al varón, y por ello mismo, ha de calificarse como de una norma protectora en favor de la mujer, y desde esa perspectiva ha de examinarse si la misma es compatible con el mandato de parificación del art. 14 C.E., que es precisamente el instrumento más directo para lograr la igualdad entre los sexos.”⁶⁸. A pesar de considerar a la norma diferenciadora ilegítima, el TC desestima el amparo, precisamente porque al ser ilegítima no puede extenderse a los varones y porque si, pese a todo, se optara por tal extensión, el TC estaría creando una norma nueva, lo que a todas luces excede de su competencia.⁶⁹

3. Sentencias en las que el TC declara las medidas como acciones positivas legítimas, entre otras:

fallecimiento del esposo hubiera convivido el matrimonio y, en caso de separación, sólo se concederá la prestación cuando no se hubiese producido por culpa de la mujer”.

⁶⁵ BOE núm. 296, de 23 de octubre de 1955.

⁶⁶ STC 142/90, FJ: 2.

⁶⁷ BOE núm. 87, de 10 de abril de 1992.

⁶⁸ STC 28/92, FJ: 3.

⁶⁹ STC 28/92, FJ: 4.

a) La STC 19/1989, de 31 de enero de 1989⁷⁰. El Tribunal desestima el recurso de amparo del recurrente, que alegaba que el artículo 6 de los Estatutos “Caja de Jubilaciones y Subsidios Textil” aplicable a su caso era discriminatorio porque establecía una sensible diferencia entre hombres y mujeres. Este artículo regulaba la cuantía de la pensión de jubilación que para los hombres suponía el 70% de las bases reguladoras a los sesenta y cuatro años mientras que para las mujeres se disponía el 75% del salario regulador (ampliable al 80% si se acreditaban cuarenta años de antigüedad como mínimo). El TC estima “que la expresa prohibición de la discriminación por razón de sexo, no sólo entraña la interdicción de la desigualdad de trato injustificada, sino también la decisión constitucional de acabar con la histórica situación de inferioridad atribuida a la mujer en la vida social, singularmente en el ámbito del empleo y de las condiciones de trabajo. De ahí que, en principio, no puedan considerarse lesivas del principio de igualdad, aun cuando establezcan un trato más favorable, las medidas que tengan por objeto compensar la situación de desventaja de determinados grupos sociales y, en concreto, remediar la tradicional situación de inferioridad de la mujer en el ámbito social y en el mercado de trabajo”.⁷¹ El TC recuerda que la norma se considera “discriminatoria y contraria a los principios de igualdad consagrados en la Constitución en la medida que, aunque implicaba efectivamente un mejor trato para el personal femenino, había de aplicarse en un sector de actividad en el que, por aquellas mismas fechas, la mujer estaba sujeta a inferiores condiciones de trabajo y, en particular, y por el solo hecho de ser mujer, percibía salarios sensiblemente más bajos o quedaba adscrita a categorías profesionales de menor calificación. No debe olvidarse tampoco que las normas que ahora se tildan de discriminatorias para el varón se inscribían en un contexto normativo que se decía comprometido en “liberar” a la mujer casada «del taller y de la fábrica» (declaración II del Fuero del Trabajo) y que en su conjunto, bien mediante cláusulas de excedencia forzosa de la mujer por razón de matrimonio (analizadas en numerosas Sentencias de este Tribunal), bien mediante reglas de fomento del empleo de los “padres” o “cabezas de familia” (condición que se predicaba en primer lugar del varón), había colocado al personal femenino en una clara situación de inferioridad en el mercado de trabajo. Por tanto, el TC no considera discriminatoria la norma ya que “no tenía por objeto colocar al trabajador varón en peores condiciones al momento de

⁷⁰ BOE núm. 50, de 28 de febrero de 1989.

⁷¹ STC 19/1989, FJ: 4.

su jubilación, sino más bien compensar de algún modo la situación de inferioridad que, laboral y socialmente, venía padeciendo el personal femenino”.⁷²

b) La STC 68/1991, de 8 de abril de 1991⁷³, en la que el TC otorga el amparo solicitado y reconoce el derecho de la recurrente a la igualdad ante la Ley. El Ayuntamiento de Pamplona había denegado a la recurrente su pensión, regulada en el art. 8 del «Nuevo Reglamento de la Sociedad de Socorros Mutuos de Empleados Municipales de la Ciudad de Pamplona» según el cual tendrían derecho a la pensión de orfandad los hijos e hijas legítimos del socio fallecido y, en particular, las hijas “sea cualquiera su edad hasta que contraigan matrimonio o al ingresar en una orden religiosa”. El Ayuntamiento, en las resoluciones administrativas que originan el recurso, interpretó que solo debían tener derecho a ella las mujeres que, sin empleo, carecieran de suficientes medios de subsistencia. El TC estima que este Nuevo Reglamento es “paradójico (se niega el derecho a la igualdad en la aplicación de la Ley, para asegurar precisamente el principio de igualdad) y que llevaría, de ser generalizado rigurosamente, a negar el derecho a la pensión de todas las huérfanas (y viudas) a las que les fue concedida al amparo de una norma que las privilegiaba. No es dudoso que el legislador (en este caso el órgano reglamentario) al modificar el derecho vigente para acomodarlo a las exigencias del principio de igualdad, puede endurecer las condiciones hoy requeridas para acceder al goce de un derecho, de manera que, en cierto sentido, se empeore la situación de quienes hoy se ven beneficiados por la norma discriminatoria. Mientras ésta exista, sin embargo, el encargado de aplicarla no puede privar a nadie del derecho que ésta le otorga, aunque pueda eventualmente reconocerlo también a quienes, según el tenor literal de la misma, no lo tendrían, sin aplicar las cláusulas, que de modo explícito o implícito, establecen la discriminación, pues ésta consiste sustancialmente, para el discriminado en la privación o limitación de un derecho, no en su otorgamiento. Por todo ello, la demanda de amparo debe ser estimada”.⁷⁴

c) La STC 109/1993, de 25 de marzo de 1993⁷⁵, en la que el TC falla que no da lugar a declarar la inconstitucionalidad del art. 37.4 del Estatuto de los Trabajadores en la

⁷² STC 19/1989, FJ: 5.

⁷³ BOE núm. 115, de 14 de mayo de 1991.

⁷⁴ STC 68/91, FJ: 4.

⁷⁵ BOE núm. 100, de 27 de abril de 1993.

redacción dada por la Ley 8/1980⁷⁶. El TC no declara inconstitucional este artículo porque “no puede afirmarse genéricamente que cualquier ventaja legal otorgada a la mujer sea siempre discriminatoria para el varón por el mero hecho de no hacerle partícipe de la misma (como podría al contrario serlo para la mujer la que le impusiera una privación solamente por razón de sexo). Y al contrario, la justificación de tal diferencia podría hallarse en una situación de desventaja de la mujer que se trata de compensar; en este caso, porque ello tiene lugar frente a la relación de trabajo; y sin perjuicio de que el legislador pueda extender el beneficio al varón o incluso suprimirlo, sin que ello se oponga tampoco a los preceptos constitucionales invocados”⁷⁷. Se trata, por tanto, de una norma que tiene por objeto hacer compatible para la mujer su trabajo y el cuidado de su hijo recién nacido. Justificando el Tribunal su fallo en un fundamento objetivo y razonable como es la peculiar incidencia que respecto de la situación laboral de aquella tiene el hecho de la maternidad y la lactancia, en cuanto se trata de compensar las desventajas reales que para la conservación de su empleo soporta la mujer a diferencia del hombre y que incluso se comprueban con datos revelados por la estadística, (tal como el número de mujeres que se ven obligadas a dejar el trabajo por esa circunstancia a diferencia de los varones).⁷⁸

4.2. El artículo 9.2 de la Constitución española: la “igualdad real”.

En el artículo 9.2. del texto constitucional, aparece recogida la llamada “igualdad material” o “igualdad real”, como un mandato dirigido a los poderes públicos que exige que se promuevan las condiciones para que la igualdad de los individuos y de los grupos en que se integran sean reales y efectivas. Con ello, se autoriza al legislador para desarrollar una acción para igualar, más allá de la mera igualdad formal.

Este artículo implica el reconocimiento de distintas diferencias de trato jurídico a favor de colectivos concretos, que se encuentran en ocasiones identificados de forma expresa en la

⁷⁶ Art. 37.4 del Estatuto de los trabajadores: “Las trabajadoras, por lactancia de un hijo menor de nueve meses, tendrán derecho a una hora de ausencia del trabajo, que podrán dividir en dos fracciones. La mujer, por su voluntad, podrá sustituir este derecho por una reducción de la jornada normal en media hora con la misma finalidad.”. Posteriormente a la STC se amplió esta norma: “este permiso podrá ser disfrutado indistintamente por el padre o por la madre en el caso de que ambos trabajen”.

⁷⁷ STC 109/93, FJ: 3.

⁷⁸ STC 109/93, FJ: 5.

propia Constitución: la infancia, la juventud, las personas adultas mayores, los/as discapacitados/as, etc.⁷⁹

El Tribunal Constitucional viene a admitir que el principio de igualdad, ante determinadas situaciones, contiene un mandato de desigualdad y, por tanto, es necesaria la desigualdad formal para alcanzar la igualdad real. Dicha diferenciación ha de ser razonable y proporcional a la finalidad perseguida, reconociendo con ello, el llamado “derecho desigual igualatorio”⁸⁰, con el fin de conseguir la igualdad real y efectiva de los colectivos históricamente marginados, siempre y cuando dicho tratamiento jurídico diferenciado igualatorio cumpla con los requisitos de razonabilidad, temporalidad y proporcionalidad. El Alto Tribunal en su STC 229/1992, de 14 de diciembre de 1992⁸¹ manifiesta que “la consecución del objetivo igualatorio entre hombres y mujeres permite el establecimiento de un derecho desigual igualatorio, es decir, la adopción de medidas reequilibradoras de situaciones sociales discriminatorias preexistentes para lograr una sustancial y efectiva equiparación entre las mujeres, socialmente desfavorecidas, y los hombres, para asegurar el goce efectivo del derecho a la igualdad por parte de la mujer”.⁸²

En el mismo sentido, la STC 16/1995, de 24 de enero de 1995⁸³ recuerda que “no se puede olvidar que poner fin a la histórica situación de inferioridad de la mujer es un objetivo constitucionalmente planteado en la actualidad por los poderes públicos en orden a la consecución de las condiciones de igualdad que propugna el artículo 9.2 de la Constitución española”.⁸⁴

Del mismo modo se ha utilizado el artículo 9.2 CE, en la STC 128/1987, de 16 de julio de 1987 (el *leading-case* visto con anterioridad), para justificar el trato diferenciado y favorable a las mujeres trabajadoras con hijos pequeños, para paliar la discriminación de hecho que padecen en relación con su incorporación y permanencia en el mundo laboral. El tema de la incorporación de la mujer al trabajo y la discriminación por razón de sexo ha dado lugar a diversas sentencias⁸⁵ en las que se repite el siguiente argumento con carácter general: no podrá juzgarse discriminatoria y constitucionalmente prohibida la acción de favorecimiento, siquiera temporal, que aquellos poderes emprenden en beneficio de determinados colectivos,

⁷⁹ Artículos 39 y 51 CE.

⁸⁰ STC 229/92, FJ: 2.

⁸¹ BOE núm. 16, de 19 de enero de 1993.

⁸² STC 229/92, FJ: 2.

⁸³ BOE núm. 50, de 28 de febrero de 1995.

⁸⁴ STC 16/1993, FJ: 2.

⁸⁵ STC 166/1988, de 26 de septiembre de 1988 (BOE núm. 247, de 14 de octubre de 1988), STC 145/1991, de 1 de julio de 1991 (BOE núm. 174, de 22 de julio de 1991) y STC 28/1992, de 9 de marzo de 1992 (BOE núm. 87, de 10 de abril de 1992).

históricamente preteridos y marginados, a fin de que, mediante un trato especial más favorable, vean suavizada o compensada su situación de desigualdad sustancial”.⁸⁶

4.3. El artículo 57.1 de la Constitución española: una excepción al principio de igualdad por razón de sexo.

El artículo 1.3 de la Constitución española de 1978 establece que: “La forma política del Estado español es la Monarquía parlamentaria”; y el título II del Texto fundamental regula detalladamente los aspectos de la Corona. En el artículo 57 se regula la sucesión a la Corona. En su apartado primero fija el orden sucesorio hacia el futuro: “La sucesión en el trono seguirá el orden regular de primogenitura y representación, siendo preferida siempre la línea anterior a las posteriores; en la misma línea, el grado más próximo al más remoto; en el mismo grado, el varón a la mujer y, en el mismo sexo, la persona de más edad a la de menos”.

Llama la atención este párrafo primero, la preferencia del varón sobre la mujer, dentro del mismo grado, en el orden sucesorio a la corona, pues entraña una discriminación en perjuicio de la mujer, elevada a rango constitucional. Aun cuando pudiera parecer obvio, esa forma de discriminación y por ende, la prevalencia del hombre sobre la mujer en los derechos de la sucesión a la corona, no surgió en España con la Constitución de 1978 sino que encuentra su antecedente en las Leyes Sálidas⁸⁷.

Se ha discutido mucho acerca de la preferencia del varón sobre la mujer en la línea sucesoria ya desde el mismo momento de su tramitación parlamentaria, pues hubo discrepancias en el Senado al proponerse suprimirla del texto de la Constitución, y más recientemente se ha llegado a plantear la posibilidad de una reforma constitucional⁸⁸. Para dicha reforma se necesitaría seguir el procedimiento agravado de reforma, como indica el artículo 168 de la CE: “Cuando se propusiere la revisión total de la Constitución o una parcial que afecte (...) al Título II”.⁸⁹

⁸⁶ STC 216/1991, de 14 de noviembre de 1991 (BOE núm. 301, de 17 de diciembre de 1991), FJ: 5.

⁸⁷ En España, el rey Felipe V, al subir al trono tras la Guerra de la Sucesión Española, hizo promulgar la Ley Sálida a las Cortes de Castilla en 1713, ordenamiento conforme al cual las mujeres sólo podrían transmitir su derecho al trono de no haber herederos varones en la línea principal (hijos) o lateral (hermanos y sobrinos). En la mencionada ley, de fecha 10 de mayo de 1713, por la que se estableció un nuevo Reglamento sobre la sucesión, se sostuvo que en virtud de haberse representado el Consejo de Estado las conveniencias y utilidades a favor de la causa pública y del bien universal de sus reinos y de sus vasallos, la formación de un nuevo reglamento para la sucesión de la monarquía, en el que, para mantener en ella la asignación rigurosa, fuesen preferidos todos sus descendientes varones en línea recta “a las hembras y sus descendientes” aunque fuesen de mejor grado y línea. (Espejel Ramírez, 2009)

⁸⁸ Sinopsis artículo 57 CE: <http://www.congreso.es/consti/constitucion/indice/sinopsis> (actualizado el 03/05/16)

⁸⁹ Artículo 168: Cuando se propusiere la revisión total de la Constitución o una parcial que afecte al Título preliminar, al Capítulo segundo, Sección primera del Título I, o al Título II, se procederá a la aprobación del

En otros países europeos, la cláusula de prevalencia del varón sobre la mujer en la Corona se ha eliminado⁹⁰, sin embargo en España sigue vigente dicha cláusula. Esto tiene como consecuencia que las personas de sexo femenino únicamente tendrán acceso al trono cuando no tengan hermanos varones.

La discriminación que supone para la mujer ha convertido a este precepto constitucional en objeto de fuertes críticas por algún sector que llega a tacharlo de inconstitucional, si bien la mayoría doctrinal se inclina a admitirlo como excepción, prevista por el constituyente, al principio de igualdad que consagra el artículo 14 de nuestra norma suprema.

A nuestro entender, se trata de una verdadera discriminación por razón de sexo, que choca frontalmente con el contenido de los artículos 14 y 9.2 de la C.E., anteriormente analizados en este trabajo, sobre la igualdad entre los sexos. Esta discriminación es sufrida por las mujeres de la Familia Real, con derechos sucesorios, en tanto que españolas con derecho a un trato igual ante la ley. Y es que esta discriminación supone una clara vulneración del principio de igualdad en el orden sucesorio.

5. La igualdad entre hombres y mujeres en la Unión Europea.

La revisión del Derecho europeo sobre igualdad entre hombres y mujeres es necesaria debido al principio de primacía, en virtud del cual, el Derecho europeo se aplica con prioridad⁹¹ sobre los Derechos nacionales de los Estados miembros. El principio de primacía es válido para todos los actos europeos de aplicación obligatoria. Por lo tanto, los Estados miembros no pueden aplicar una norma nacional contraria al Derecho europeo, lo que limita la soberanía de los Estados miembros de la Unión Europea (UE).⁹²

principio por mayoría de dos tercios de cada Cámara, y a la disolución inmediata de las Cortes. Las Cámaras elegidas deberán ratificar la decisión y proceder al estudio del nuevo texto constitucional, que deberá ser aprobado por mayoría de dos tercios de ambas Cámaras. Aprobada la reforma por las Cortes Generales, será sometida a referéndum para su ratificación.

⁹⁰ Suecia en 1979, Holanda en 1983 y Bélgica en 1991. (Ruiz Carbonell, 2009)

⁹¹ El principio de primacía se caracteriza porque es un requisito existencial del Derecho comunitario que se deriva de la especial naturaleza de dicho ordenamiento que le hace prevalecer sobre la totalidad de los ordenamientos nacionales. Además, este principio no sólo rige en las relaciones entre los Estados e instituciones sino que también se impone a los órganos jurisdiccionales nacionales que tendrán que inaplicar la norma nacional contradictoria sin necesidad de esperar a su derogación o a plantear cuestión de inconstitucionalidad si ésta es posterior a la disposición comunitaria. (Enciclopedia Jurídica)

⁹² La Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 15 de julio de 1974 en el asunto: *Flamingo Costa Y E.N.E.L.* (6/64) es la primera en reconocer el derecho de primacía del Derecho comunitario sobre el Derecho de cada uno de los Estados miembros, puesto que en esta se enuncia concretamente: “la primacía del Derecho comunitario está confirmada por el artículo 189 TCE (ahora 288 TFUE), a cuyo tenor los Reglamentos tienen fuerza ‘obligatoria’ y son ‘directamente’ aplicables en cada Estado miembro”. El reconocimiento de este principio reside en que “el Juez nacional encargado de aplicar, en el marco de su competencia, las disposiciones

La Unión Europea se fundamenta en un conjunto de valores entre los que se incluye la igualdad, y promueve la igualdad entre hombres y mujeres en el artículo 2⁹³ y el artículo 3.3⁹⁴ del Tratado de la Unión Europea (TUE)⁹⁵. Estos artículos recogen los valores en los que se fundamenta la UE, entre ellos la igualdad entre mujeres y hombres, así como la dignidad humana (relacionada con la igualdad) y la no discriminación.

Los objetivos de igualdad y no discriminación también están recogidos en los artículos 20⁹⁶ y 21⁹⁷ de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. De ambos artículos extraemos las premisas de la UE sobre la igualdad de género y la no discriminación por razón de género.

Además, el artículo 8⁹⁸ del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE)⁹⁹ también encomienda a la Unión el cometido de eliminar las desigualdades entre hombres y mujeres y promover su igualdad a través de todas sus acciones.

del Derecho comunitario, está obligado a garantizar la plena eficacia de dichas normas dejando, si procede, inaplicadas, por su propia iniciativa, cualesquiera disposiciones contrarias de la legislación nacional, aunque sean posteriores, sin que esté obligado a solicitar o a esperar la derogación previa de éstas por vía legislativa o por cualquier otro procedimiento constitucional”(Simmenthal, de 9 de marzo de 1978, apartado 24). Este principio aparece, incluso, en las Declaraciones anejas al Acta Final de la Conferencia intergubernamental que adoptó el Tratado de Lisboa (firmado el 13 de diciembre de 2007), la Declaración número 17, “relativa a la primacía” aunque finalmente no se llegó a incluir.

⁹³Artículo 2 TUE: “La Unión se fundamenta en los valores de respeto de la dignidad humana, libertad, democracia, igualdad, Estado de Derecho y respeto de los derechos humanos, incluidos los derechos de las personas pertenecientes a minorías. Estos valores son comunes a los Estados miembros en una sociedad caracterizada por el pluralismo, la no discriminación, la tolerancia, la justicia, la solidaridad y la igualdad entre mujeres y hombres”.

⁹⁴Artículo 3.3 TUE: “La Unión establecerá un mercado interior. Obrará en pro del desarrollo sostenible de Europa basado en un crecimiento económico equilibrado y en la estabilidad de los precios, en una economía social de mercado altamente competitiva, tendente al pleno empleo y al progreso social, y en un nivel elevado de protección y mejora de la calidad del medio ambiente. Asimismo, promoverá el progreso científico y técnico. La Unión combatirá la exclusión social y la discriminación y fomentará la justicia y la protección sociales, la igualdad entre mujeres y hombres, la solidaridad entre las generaciones y la protección de los derechos del niño. La Unión fomentará la cohesión económica, social y territorial y la solidaridad entre los Estados miembros. La Unión respetará la riqueza de su diversidad cultural y lingüística y velará por la conservación y el desarrollo del patrimonio cultural europeo”.

⁹⁵ De 7 de febrero de 1992, firmado en Maastricht. DOUE C326, de 2 de octubre de 2015.

⁹⁶ Artículo 20 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea: “Todas las personas son iguales ante la ley”.

⁹⁷Artículo 21 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea: “1. Se prohíbe toda discriminación, y en particular la ejercida por razón de sexo, raza, color, orígenes étnicos o sociales, características genéticas, lengua, religión o convicciones, opiniones políticas o de cualquier otro tipo, pertenencia a una minoría nacional, patrimonio, nacimiento, discapacidad, edad u orientación sexual. 2. Se prohíbe toda discriminación por razón de nacionalidad en el ámbito de aplicación del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea y del Tratado de la Unión Europea y sin perjuicio de las disposiciones particulares de dichos Tratados.”

⁹⁸Artículo 8 TFUE: “En todas sus acciones, la Unión se fijará el objetivo de eliminar las desigualdades entre el hombre y la mujer y promover su igualdad”.

⁹⁹ DOUE C326, de 2 de octubre de 2015.

5.1. Directivas de la Unión Europea relativas a igualdad de género.

La UE ha aprobado diferentes actos legislativos, referentes a distintas materias, para la promoción de la igualdad de género, entre los que destacamos las siguientes:

Directivas europeas en relación con el empleo:

- Directiva 92/85/CEE, de 19 de octubre de 1992¹⁰⁰, para la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia.
- Directiva 2002/73/CE, de 23 de septiembre de 2002¹⁰¹, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres, en cuanto al acceso al empleo, a la formación y a la promoción de profesionales, en condiciones de igualdad.
- Directiva 2006/54/CE, de 5 de julio de 2006¹⁰², relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación. Esta Directiva define la discriminación directa, la discriminación indirecta, el acoso y el acoso sexual. Asimismo, insta a los empresarios a adoptar medidas preventivas para luchar contra el acoso sexual, endurece las sanciones en caso de discriminación y prevé la creación, en los Estados miembros, de organismos encargados de promover la igualdad de trato entre mujeres y hombres.
- Directiva 2010/41/UE, de 7 de julio de 2010¹⁰³, en la que se establecen objetivos para la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres que ejercen una actividad autónoma, incluidas las actividades agrícolas, así como sobre la protección de la maternidad.

Directivas europeas en el ámbito de prestaciones contributivas:

- Directiva 79/7/CEE del Consejo, de 19 de diciembre de 1978¹⁰⁴, que obliga a los Estados miembros a aplicar progresivamente el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de seguridad social;
- Directiva 2010/18/UE del Consejo, de 8 de marzo de 2010¹⁰⁵, por la que se aplica el Acuerdo marco revisado sobre el permiso parental.

¹⁰⁰ DOUE L348 de 28 de noviembre de 1992.

¹⁰¹ DOUE L269, de 5 de octubre de 2002.

¹⁰² DOUE L204, de 26 de julio de 2006.

¹⁰³ DOUE L180, de 15 de julio de 2010.

¹⁰⁴ DOUE L006, de 10 de enero de 1979.

¹⁰⁵ DOUE L68, de 18 de marzo de 2010.

Directivas destinadas a la protección de los derechos humanos y la dignidad de la mujer:

- Directiva 2004/113/CE, de 13 de diciembre de 2004¹⁰⁶, por la que se aplica el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres al acceso a bienes y servicios y su suministro.
- Directiva 2011/36/UE, de 5 de abril de 2011¹⁰⁷, relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas.
- Directiva 2011/99/UE, de 13 de diciembre de 2011¹⁰⁸, por la que se crea la orden europea de protección, “destinada a proteger a una persona contra actos delictivos de otra que puedan poner en peligro su vida, su integridad física o psicológica y su dignidad, su libertad individual o su integridad sexual”, y se faculta a una autoridad competente de otro Estado miembro para mantener la protección de la persona en el territorio de ese otro Estado miembro.
- Directiva 2012/29/UE, de 25 de octubre de 2012¹⁰⁹, por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos.

6. La Ley Orgánica 3/2007, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres.

La Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo de 2007 (en adelante LO/3/2007), para la igualdad efectiva de mujeres y hombres¹¹⁰, pretende combatir las manifestaciones aun existentes de discriminación por razón de sexo y promover la igualdad real entre mujeres y hombres. Esta ley orgánica surge como respuesta a la necesidad de potenciar el cumplimiento, en relación con el género, de los artículos 14 y 9.2 de la Constitución española y para introducir en el régimen jurídico español la Directiva 2002/73/CE, de 23 de septiembre de 2002, que se refiere a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres, en cuanto al acceso al empleo, a la formación y a la promoción de profesionales, en condiciones iguales; y la Directiva 2004/113/CE, de 13 de diciembre de 2004, por la que se aplica el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres al acceso a bienes y servicios y su suministro.¹¹¹

¹⁰⁶ DOUE L373, de 21 de diciembre de 2004.

¹⁰⁷ DOUE L101, de 15 de abril de 2011.

¹⁰⁸ DOUE L338, de 21 de diciembre de 2011.

¹⁰⁹ DOUE L315, de 14 de noviembre de 2012.

¹¹⁰ BOE núm.71, de 23 de marzo de 2007.

¹¹¹ Exposición de motivos de la Ley Orgánica 3/2007.

La LO 3/2007 regula numerosos ámbitos, entre ellos: el incremento de las mujeres en las listas electorales y en los nombramientos de los poderes públicos (Título II); el fomento de la igualdad en los medios de comunicación (Título III); el derecho al trabajo en igualdad de oportunidades y el derecho a la conciliación de la vida personal, familiar y laboral (Título IV); la igualdad en el empleo público y la presencia equilibrada de hombres y mujeres en los órganos directivos de las Administraciones Públicas (Título V); la igualdad en el seno de las Fuerzas Armadas y las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado (Título VI); el desarrollo y promoción de la responsabilidad social corporativa, a través del fomento de la igualdad de hombres y mujeres, por ejemplo, en los consejos de administración de las sociedades (Título VII); o la creación de una comisión interministerial de igualdad entre mujeres y hombres (Título VIII).

Para hacer “efectivo el derecho constitucional de la igualdad, los poderes públicos adoptarán medidas específicas a favor de las mujeres para corregir situaciones patentes de desigualdad de hecho respecto de los hombres. Tales medidas, que serán aplicables en tanto subsistan dichas situaciones, habrán de ser razonables y proporcionadas en relación con el objeto perseguido en cada caso”¹¹². Así, el legislador confiere a los poderes públicos la posibilidad de llevar a cabo acciones positivas para tratar distintamente a las mujeres cuando fuera necesario. Este trato diferenciador, si es razonable y proporcional, no constituye discriminación, por venir amparado en el artículo 9.2 CE, sin embargo, la Ley no hace mención alguna de la permanencia o temporalidad, lo que cuestiona la propia concepción de las acciones positivas para las mujeres, ya que en todas las Organizaciones Internacionales son consideradas desde la perspectiva de la temporalidad. En concreto, la CEDAW, en su artículo 4¹¹³, sin denominarlas acciones positivas plantea que se trata de medidas especiales de carácter temporal encaminadas a acelerar la igualdad. Y en el comentario núm. 25 del Comité de la CEDAW, explicita que una de las condiciones de la legitimidad y legalidad de estas medidas es precisamente la temporalidad, ausente en el texto de la Ley española.

¹¹² Artículo 11.1 LO 3/2007.

¹¹³ Artículo 4 CEDAW: “1. La adopción por los Estados Partes de medidas especiales de carácter temporal encaminadas a acelerar la igualdad de facto entre el hombre y la mujer no se considerará discriminación en la forma definida en la presente Convención, pero de ningún modo entrañará, como consecuencia, el mantenimiento de normas desiguales o separadas; estas medidas cesarán cuando se hayan alcanzado los objetivos de igualdad de oportunidad y trato. 2. La adopción por los Estados Partes de medidas especiales, incluso las contenidas en la presente Convención, encaminadas a proteger la maternidad no se considerará discriminatoria”.

La Ley no prevé un mecanismo de seguimiento de todas las disposiciones incluidas, de modo que la ejecución y aplicación de la misma se diluye, a pesar de haberla propuesto como una “ley-código” en la exposición de motivos (Durán, 2009, p.16).

6.1. El fundamento jurídico de la Ley Orgánica 3/2007.

El artículo 1.1 expone que “las mujeres y los hombres son iguales en dignidad humana, e iguales en derechos y deberes”, este es el fundamento jurídico a partir del cual ha operado el legislador. Pues según establece este artículo: “esta Ley tiene por objeto hacer efectivo el derecho de igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres, en particular, mediante la eliminación de la discriminación de la mujer, sea cual fuere su circunstancia o condición, en cualesquiera de los ámbitos de la vida y, singularmente, en las esferas política, civil, laboral, económica, social y cultural para, en el desarrollo de los artículos 9.2 y 14 de la Constitución, alcanzar una sociedad más democrática, más justa y más solidaria”. La Ley se presenta a sí misma como una norma de desarrollo de un derecho fundamental, la igualdad del artículo 14 CE, y, así mismo, del deber del artículo 9.2 CE.

Sin embargo, esta definición transversal de la igualdad en la LO no es un hecho aislado. Los apartados II y III de la exposición apelan a dos planteamientos que resultan difíciles de armonizar. En el apartado II se constata que la igualdad formal, aún siendo un avance, no resulta suficiente, apreciándose que aún existen ámbitos en los que hay claras diferencias en el tratamiento a mujeres y hombres. Amparándose en esas diferencias, el apartado II justifica la necesidad de una acción normativa para poder combatir las discriminaciones por razón de sexo, tanto directas como indirectas, así como la supresión de los obstáculos para la igualdad. Sin embargo, esta rotundidad respecto a la necesidad de la acción normativa parece amortiguada en el apartado III, en el que se señala que la mayor novedad de la Ley es la “prevención” de conductas discriminatorias, sin que se explique el contenido de la prevención conjugada con la erradicación a la que se refiere el apartado II.

La Disposición Final Segunda establece que “las normas contenidas en las disposiciones adicionales primera, segunda y tercera de esta Ley tienen carácter orgánico. El resto de los preceptos contenidos en esta Ley no tienen tal carácter”. Estas tres disposiciones comprenden, la composición equilibrada en el ámbito de la participación política, tanto en su nivel estatal como en los niveles autonómico y local, así como en su proyección de política internacional

de cooperación para el desarrollo, en la disposición adicional primera¹¹⁴; la modificación del régimen previsto en la Ley Orgánica del Régimen Electoral General (LOREG), en la disposición adicional segunda, y las modificaciones afectantes al Consejo General del Poder Judicial derivadas de la creación de una “Comisión de igualdad” y a cambios en los procedimientos referentes a personal, al efecto de asegurar la igualdad entre sexos, en la disposición adicional tercera.

Es curioso que se denomine Ley Orgánica (LO) a pesar de que es una ley muy extensa, que cuenta con 78 artículos, 31 disposiciones adicionales y 11 disposiciones transitorias y 8 disposiciones finales propios de ley ordinaria en su totalidad, salvo las tres primeras disposiciones adicionales que tienen carácter orgánico¹¹⁵. De acuerdo con el artículo 81 de la CE dispone que “son leyes orgánicas las relativas al desarrollo de los derechos fundamentales y de las libertades públicas, las que aprueben los Estatutos de Autonomía y el régimen electoral general y las demás previstas en la Constitución”. Por otra parte, el artículo 122.1 CE establece que “la Ley Orgánica del Poder Judicial determinará la constitución, funcionamiento y gobierno de los Juzgados y Tribunales, así como el estatuto jurídico de los Jueces y Magistrados de carrera, que formarán un Cuerpo único, y del personal al servicio de la Administración de Justicia”. Por consiguiente, el carácter orgánico de la modificación de la LOREG, referida por la disposición adicional segunda, citada de manera expresa en el art. 81 CE y la modificación de la LOPJ, referida en la disposición adicional tercera, al ser una LO que deriva de la propia CE, no ofrecen ninguna duda. Podemos, por tanto, concluir que la Ley de igualdad no es una ley orgánica sino una ley ordinaria donde existen algunas disposiciones orgánicas.

No ocurre lo mismo con el carácter orgánico de la “composición equilibrada legal” a la que se refiere la disposición adicional primera, que no es evidente y nos remite al juicio sobre si esta LO es norma de desarrollo del artículo 14 CE. Pues bien, ni la LO 3/2007 ni ninguna otra puede configurarse como una norma de desarrollo del derecho a la igualdad del art. 14 CE, si por desarrollo entendemos: “una regulación frontal y directa del derecho fundamental, que

¹¹⁴ Disposición adicional primera de la LO 3/2007: “A los efectos de esta Ley, se entenderá por composición equilibrada la presencia de mujeres y hombres de forma que, en el conjunto a que se refiera, las personas de cada sexo no superen el sesenta por ciento ni sean menos del cuarenta por ciento”.

¹¹⁵ Las leyes orgánicas y las leyes ordinarias se encuentran en el mismo escalafón de la pirámide normativa, sin embargo, existen diferencias entre ambas. Las leyes orgánicas son aquellas que afectan a materias reguladas en el artículo 81 CE: desarrollo de los derechos fundamentales y libertades públicas, leyes que aprueben estatutos de autonomía y régimen electoral central y las demás previstas en la Constitución; para su aprobación, modificación o derogación se necesita mayoría absoluta en el Congreso y simple en el Senado. Mientras que las leyes ordinarias pueden regular cualquier materia que no se encuentre incluida en el art. 81 CE y para su aprobación, modificación o derogación se necesita la mayoría simple de cada Cámara.

ordena el núcleo del derecho mismo, el haz de facultades indispensables para que el derecho sea reconocible como tal. La razón es bien sencilla, para que el desarrollo sea posible debe existir un objeto determinado específico del derecho y unas facultades que están ligadas al mismo. De tal modo que su ausencia haría irreconocible el derecho mismo. Pero, como la igualdad es un derecho relacional, este carece de objeto propio, de ahí que no hay conjunto específico de relaciones o situaciones jurídicas que determinen la parcela de la realidad social sobre la que el derecho fundamental recae. Además, que el artículo 14 CE no figura integrado en la reserva de LO del art 81.1 CE es algo que debería quedar claro después de la decisión sobre la Ley Orgánica de Armonización del Proceso Autonómico¹¹⁶. Ello permite entender por qué, a pesar de la invocación expresa del desarrollo del artículo 14 que contiene el artículo 1.1 de la Ley misma, el legislador no predica de ellos el rango de Ley Orgánica”. (Martínez Sospedra, 2010, pp.98-99)

7. El artículo 44 bis de la Ley Orgánica del Régimen Electoral General.

El art. 23.2¹¹⁷ CE concreta el principio de igualdad en el ámbito electoral. Pese a dichas previsiones, tres décadas después de la entrada en vigor de nuestra Carta Magna, no se ha logrado la efectiva participación de la mujer en la vida política (Elvira, 2005). Para conseguirlo, el legislador español optó por garantizar la presencia equilibrada de hombres y mujeres en las listas electorales.

El Título II de la ya citada Ley Orgánica 3/2007, de igualdad efectiva entre mujeres y hombres, resulta de interés especial, pues sienta las bases de la actuación de los poderes públicos en relación a la igualdad y consagra el principio de presencia equilibrada de hombres y mujeres en las listas electorales y en los nombramientos realizados por los poderes públicos,

¹¹⁶ “Existe, pues, una exclusión expresa del artículo 14 CE en el artículo 81.1 de la Constitución. Tal exclusión, por otra parte, está justificada porque la igualdad reconocida en el art. 14 CE no constituye un derecho subjetivo autónomo, existente por sí mismo, pues su contenido viene establecido siempre respecto de relaciones jurídicas concretas. De aquí que se puede ser objeto de amparo en la medida en que se cuestione si tal derecho ha sido vulnerado en una concreta relación jurídica y, en cambio, no pueda ser objeto de una regulación o de desarrollo normativo con carácter general”. (STC 76/83, FJ:2)

¹¹⁷ Artículo 23 CE: “1. Los ciudadanos tiene el derecho a participar en los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes, libremente elegidos en elecciones periódicas por sufragio universal. 2. Asimismo, tienen derecho a acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos, con los requisitos que señalen las leyes.”

con la consiguiente incorporación mediante la disposición adicional segunda¹¹⁸ del artículo 44 bis a la LOREG.

El citado artículo 44 bis establece que las candidaturas que se presenten para las elecciones de los representantes en el Congreso, los Ayuntamientos, los Consejos y Cabildos Insulares, el Parlamento Europeo y las Asambleas autonómicas deberán tener una composición equilibrada de mujeres y hombres, de forma que cada uno de los sexos suponga un mínimo del cuarenta por ciento de las listas electorales. En el caso del Senado, las listas deberán ser lo más equilibradas posibles. No obstante, este artículo incorpora una serie de exclusiones. Estas exclusiones son comprensibles porque se trata de elecciones que cubren territorios de pequeña dimensión cuantitativa en los que la aplicación del requisito de la composición equilibrada de listas podría dar lugar a dificultades a la hora de formar candidaturas. Dichas excepciones son:

- Municipios con un número de residentes igual o inferior a los 3000 habitantes. (artículo 187.2 LOREG¹¹⁹).
- Islas con un número de residentes igual o inferior a 5000 habitantes. (art 201.3 LOREG¹²⁰).

La reserva de un determinado número de puestos para las mujeres es un ejemplo de acción positiva, es decir, de adopción de medida desigual a favor de la igualdad de un colectivo

¹¹⁸ Disposición adicional segunda de la LO 3/2007: “Modificación de la Ley Orgánica de Régimen Electoral General: Se modifica la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General, en los siguientes términos: Se añade un nuevo artículo 44 bis, redactado en los siguientes términos: ‘Artículo 44 bis 1. Las candidaturas que se presenten para las elecciones de diputados al Congreso, municipales y de miembros de los consejos insulares y de los cabildos insulares canarios en los términos previstos en esta Ley, diputados al Parlamento Europeo y miembros de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas deberán tener una composición equilibrada de mujeres y hombres, de forma que en el conjunto de la lista los candidatos de cada uno de los sexos supongan como mínimo el cuarenta por ciento. Cuando el número de puestos a cubrir sea inferior a cinco, la proporción de mujeres y hombres será lo más cercana posible al equilibrio numérico. En las elecciones de miembros de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas, las leyes reguladoras de sus respectivos regímenes electorales podrán establecer medidas que favorezcan una mayor presencia de mujeres en las candidaturas que se presenten a las Elecciones de las citadas Asambleas Legislativas. 2. También se mantendrá la proporción mínima del cuarenta por ciento en cada tramo de cinco puestos. Cuando el último tramo de la lista no alcance los cinco puestos, la referida proporción de mujeres y hombres en ese tramo será lo más cercana posible al equilibrio numérico, aunque deberá mantenerse en cualquier caso la proporción exigible respecto del conjunto de la lista. 3. A las listas de suplentes se aplicarán las reglas contenidas en los anteriores apartados. 4. Cuando las candidaturas para el Senado se agrupen en listas, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 171 de esta Ley, tales listas deberán tener igualmente una composición equilibrada de mujeres y hombres, de forma que la proporción de unas y otros sea lo más cercana posible al equilibrio numérico’.”

¹¹⁹ Art 187.2 LOREG: “Cada candidatura se presentará mediante lista de candidatos. Lo previsto en el artículo 44 bis de esta ley no será exigible en las candidaturas que se presenten en los municipios con un número de residentes igual o inferior a 3.000 habitantes”.

¹²⁰ Artículo 201.3 LOREG: “La elección de los Consejeros Insulares se realiza mediante el procedimiento previsto para la elección de Concejales, pero cada isla constituye una circunscripción electoral. Lo previsto en el artículo 44 bis de esta ley no será exigible en las candidaturas que se presenten en las islas con un número de residentes igual o inferior a 5.000 habitantes”.

discriminado, en este caso, del acceso de las mujeres a puestos de representatividad política. En efecto, en el art. 44 bis LOREG “no se establece una cuota electoral a favor de las mujeres, ni siquiera plasma un tratamiento diferenciado en razón del sexo de los candidatos, por el contrario, el principio de presencia o composición equilibrada, consiste en que se garantice la presencia tanto de mujeres como de hombres en las listas electorales de forma que, en el conjunto a que se refiera, las personas de cada sexo no superen el sesenta por ciento ni sean menos del cuarenta por ciento” (García Soriano, 2008, p. 145).

La aplicación del principio de presencia equilibrada de mujeres y hombres propone que: “en el conjunto de la lista los candidatos de cada uno de los sexos supongan como mínimo el cuarenta por ciento de la candidatura. (...) También se mantendrá la proporción mínima del cuarenta por ciento en cada tramo de cinco puestos”¹²¹. Es decir, se entiende que la composición equilibrada queda asegurada con la presencia de dos mujeres entre las cinco primeras personas propuestas y una proporción mínima del cuarenta por ciento en los tramos de cinco candidatos. Si no se cumplen estos requisitos la candidatura no será proclamada.

Las listas que no respeten la exigencia establecida por el citado art. 44 bis LOREG, la introducción de la presencia equilibrada, incurren en causa de inadmisibilidad, lo que supone una ampliación de las potestades de verificación y control de la Administración Electoral. Se ha considerado que, de hecho, supone la ilegalización de cualquier candidatura que no respete las prescripciones establecidas por el artículo 44 bis LOREG. Y así, el punto primero de la Instrucción 8/2007, de 19 de abril, de la Junta Electoral Central, sobre interpretación del trámite de subsanación de irregularidades previsto en el art. 48.1 LOREG por incumplimiento de los requisitos de los arts. 44 bis y 187.2 LOREG, en la redacción dada por la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, establece que “durante el plazo de subsanación de las irregularidades advertidas por las Juntas Electorales competentes en las candidaturas presentadas, cuando la causa sea el incumplimiento de lo dispuesto en el artículo 44 bis de la LOREG o en la legislación autonómica aplicable sobre candidaturas paritarias, podrá modificarse el orden de los candidatos, o incluir o excluir algún candidato, siempre que con ello se trate estrictamente de subsanar la irregularidad apreciada, de conformidad con lo dispuesto en el último inciso del artículo 48.1 de la LOREG”.

La Instrucción 8/2007 supone una nueva interpretación de las previsiones contenidas en el art. 48 LOREG, que establece que “una vez presentadas las candidaturas no pueden ser objeto de modificación, salvo en el plazo para subsanación de irregularidades previsto en el artículo

¹²¹ Art. 44 bis 2 LOREG.

anterior y sólo por fallecimiento o renuncia del titular o como consecuencia del propio trámite de subsanación.” Hasta ahora, durante el plazo de subsanación de cuarenta y ocho horas, establecido por la Ley se permitía la modificación sólo para los supuestos contemplados en el art. 47 LOREG, de modo que se planteaba el problema de si los representantes de las candidaturas podían modificar éstas durante el plazo de subsanación de irregularidades por causas distintas al fallecimiento o la renuncia de su titular.

Algunos partidos políticos, como son el Partido Socialista Obrero Español, Podemos e Izquierda Unida, han ido más allá de esta composición equilibrada descrita en el art. LOREG y de cara a las elecciones generales del 20 de diciembre de 2015, confeccionaron la mayoría de sus listas electorales alternando a hombres y mujeres (listas cremallera), presentando al cincuenta por ciento de ambos sexos. Incluso, en el año 2013, uno de estos partidos, el PSOE, llegó a proponer la modificación de la Ley Electoral para hacer obligatorias las listas cremallera en las elecciones generales y en cualquier proceso electoral, aunque finalmente esta medida fue descartada en un Congreso Federal.

7.1. La Sentencia del Tribunal Constitucional 12/2008.

La composición equilibrada introducida por la LO 3/2007 no fue acogida de modo pacífico por todos los grupos parlamentarios, de hecho, el grupo Parlamentario Popular presentó una cuestión de inconstitucionalidad y un recurso de inconstitucionalidad contra esta acción positiva a favor de la participación pública de las mujeres; a las alegaciones en ambos procedimientos, el TC les da respuesta en la STC 12/2008.

El Tribunal Constitucional acumuló en la STC 12/2008, de 29 de enero de 2008¹²², la cuestión de inconstitucionalidad núm. 4069-2007, promovida por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 1 de Santa Cruz de Tenerife, en relación con el artículo 44 bis de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del régimen electoral general, introducido por la disposición adicional segunda de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres; y el recurso de inconstitucionalidad núm. 5653-2007, interpuesto por más de cincuenta Diputados del Grupo Parlamentario Popular del Congreso de los Diputados, frente a la disposición adicional segunda de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo.

Básicamente, el Auto del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo de Santa Cruz de Tenerife de planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad reprochaba a los preceptos legales controvertidos la vulneración de los arts. 14 y 23 CE. Además, se denunciaba la

¹²² BOE núm. 52, de 29 de febrero de 2008.

vulneración del art. 6¹²³ en relación con el 22 CE¹²⁴ y, en el recurso de inconstitucionalidad, también la de los arts. 16.1¹²⁵, 20.1 a)¹²⁶ y 68.5¹²⁷, todos de la CE.

Respondiendo a las demandas de los recurrentes, el TC entiende que “el art. 44 bis LOREG persigue la efectividad del art. 14 CE en el ámbito de la representación política, donde, si bien hombres y mujeres son formalmente iguales, es evidente que las segundas han estado siempre materialmente preteridas. Exigir de los partidos políticos que cumplan con su condición constitucional de instrumento para la participación política (art. 6 CE), mediante una integración de sus candidaturas que permita la participación equilibrada de ambos sexos, supone servirse de los partidos para hacer realidad la efectividad en el disfrute de los derechos exigida por el art. 9.2 CE. Y hacerlo, además, de una manera constitucionalmente lícita, pues con la composición de las Cámaras legislativas o de los Ayuntamientos se asegura la incorporación en los procedimientos normativos y de ejercicio del poder público de las mujeres (que suponen la mitad de la población) en un número significativo. Ello resulta coherente, en definitiva, con el principio democrático que reclama la mayor identidad posible entre gobernantes y gobernados”. Porque las previsiones establecidas por el artículo 44.bis “no suponen un tratamiento peyorativo de ninguno de los sexos, ya que, en puridad, ni siquiera plasman un tratamiento diferenciado en razón del sexo de los candidatos, habida cuenta de que las proporciones se establecen por igual para los candidatos de uno y otro sexo. No se trata, pues, de una medida basada en los criterios de mayoría/minoría”.¹²⁸

En consecuencia, el TC desestima tanto la cuestión de inconstitucionalidad como el recurso de inconstitucionalidad.

¹²³ Artículo 6 CE: “Los partidos políticos expresan el pluralismo político, concurren a la formación y manifestación de la voluntad popular y son instrumento fundamental para la participación política. Su creación y el ejercicio de su actividad son libres dentro del respeto a la Constitución y a la ley. Su estructura interna y funcionamiento deberán ser democráticos”.

¹²⁴ Artículo 22 CE: “1. Se reconoce el derecho de asociación. 2. Las asociaciones que persigan fines o utilicen medios tipificados como delito son ilegales. 3. Las asociaciones constituidas al amparo de este artículo deberán inscribirse en un registro a los solos efectos de publicidad. 4. Las asociaciones sólo podrán ser disueltas o suspendidas en sus actividades en virtud de resolución judicial motivada. 5. Se prohíben las asociaciones secretas y las de carácter paramilitar.

¹²⁵ Artículo 16.1 CE: “Se garantiza la libertad ideológica, religiosa y de culto de los individuos y las comunidades sin más limitación, en sus manifestaciones, que la necesaria para el mantenimiento del orden público protegido por la ley”.

¹²⁶ Artículo 20.1 CE a): “Se reconocen y protegen los derechos: A expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones mediante la palabra, el escrito o cualquier otro medio de reproducción”.

¹²⁷ Artículo 68.5 CE: “Son electores y elegibles todos los españoles que estén en pleno uso de sus derechos políticos. La ley reconocerá y el Estado facilitará el ejercicio del derecho de sufragio a los españoles que se encuentren fuera del territorio de España”.

¹²⁸ STC 12/2008, FJ: 5.

8. Conclusiones

- La proclamación del Estado Social en la Constitución española lleva consigo la construcción de una igualdad real entre hombres y mujeres, ya que se constata que la igualdad ante la ley es insuficiente para asegurar la igualdad real porque las posiciones de los ciudadanos son desiguales.
- La igualdad en la Constitución española aparece recogida en tres distintas vertientes: la igualdad como valor (artículo 1.1 CE), como principio (artículo 9.2 CE) y como un derecho (artículo 14 CE).
- La igualdad constitucional reconocida en la Constitución española no prohíbe el trato desigual, sino el discriminatorio. Pues si prohibiese el trato desigual podría estar aceptando la discriminación ya que el trato igualitario a aquellos que se encuentran en posiciones sociales desiguales traería implícita la discriminación. Por tanto, discriminación es el trato por igual a personas que se encuentren en posiciones desiguales y el trato desigual a aquellos grupos sociales que se encuentren en igualdad.
- Las mujeres son un grupo social que ha sido objeto históricamente de infravaloración social, económica y jurídica. En la actualidad sigue siendo objeto de infravaloración, como podemos constatar en diversos aspectos de la vida en sociedad, desde el ámbito salarial hasta la constatación de la violencia de género.
- La incorporación de la perspectiva de género al ámbito legislativo requiere que las normas sean reinterpretadas desde la óptica de los derechos humanos de las mujeres. Los marcos legales y la práctica jurídica deben estar ausentes de sesgos sexistas, y como hemos visto en distintas sentencias del Tribunal Constitucional, estos sesgos no están erradicados.
- La jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha tenido gran transcendencia en la aplicación del principio de igualdad entre sexos y la lucha contra la discriminación de la mujer. Han sido numerosas sus sentencias en torno a estas cuestiones, la doctrina las suele clasificar distinguiendo las de la jurisprudencia de la equiparación (el Tribunal Constitucional no toma como referencia la realidad social de la mujer, sino el hecho de que el acto o la norma sean discriminatorios por razón de sexo) y la jurisprudencia de la compensación (el Tribunal Constitucional examina casos en los que, en apariencia, se conceden ventajas a la mujer en relación los hombres ya que se tiene en cuenta la realidad social).

- La Sentencia del Tribunal Constitucional 128/1987 determina un giro radical en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, pues si bien, ya con anterioridad la ilegitimidad constitucional se conectaba a todo tratamiento jurídico que se adoptara teniendo como criterio principal el sexo de los afectados, a partir de esta sentencia es preciso distinguir entre las medidas paternalistas o falsamente protectoras y las medidas de acción positiva a favor de la igualdad de las mujeres. Asimismo, esta sentencia conecta el análisis de la discriminación por razón de sexo con la situación de histórica marginación de la mujer.
- De forma excepcional, el artículo 57.1 de la Constitución española incorpora una verdadera discriminación de sexo, pues choca con el contenido de los artículos 14 y 9.2 de la Constitución española y coloca a las mujeres que se encuentran en la línea de sucesión al trono de España en una situación de inferioridad respecto a los hombres, basándose únicamente en una premisa histórica pero contraria a la igualdad.
- Algunas normas comunitarias, como los Tratados o la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, contemplan la igualdad como valor. En relación con estas normas se han producido numerosos actos legislativos relativos a la igualdad de género y la prohibición de discriminación por razón de género que se han incorporado a nuestra legislación debido al principio de primacía. El principio de primacía del Derecho comunitario limita la soberanía de los Estados miembros de la Unión Europea ya que estos no pueden aplicar una norma nacional contraria al Derecho europeo.
- La Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres propone una serie de medidas que eran necesarias, pero, lamentablemente la Ley tiene disfunciones, una de ellas en relación con acciones positivas, seguramente como consecuencia del proceso de elaboración de la misma.
- La Ley Orgánica 3/2007 no es una Ley Orgánica, es una Ley ordinaria en la que únicamente existen tres disposiciones orgánicas: la primera disposición adicional, la segunda disposición adicional y la tercera disposición adicional.
- Entre las medidas previstas por la Ley Orgánica 3/2007, destaca la relativa a la presencia equilibrada de ambos sexos en las listas electorales y, en consecuencia, su presencia en los órganos de representación, en particular, en el Parlamento. Esta medida supone la incorporación del artículo 44 bis a la Ley Orgánica del Régimen Electoral General, para así establecer que las cuotas de composición por parte un sexo

no pueden ser superiores al sesenta por ciento de los integrantes de una lista electoral ni inferiores al cuarenta por ciento. Algunos partidos han ido más allá de esta relación y han establecido una composición del cincuenta por ciento para cada sexo y la alternancia de los puestos en las listas por miembros de distintos sexos (lo que se conoce como listas cremalleras).

Acrónimos.

BOE: Boletín Oficial del Estado.

CE: Constitución española.

CEDAW: Convención sobre la Eliminación de toda forma de Discriminación contra la Mujer.

DOUE: Diario Oficial de la Unión Europea.

FJ: Fundamento Jurídico.

LO: Ley Orgánica.

LOPJ: Ley Orgánica del Poder Judicial.

LOREG: Ley Orgánica del Régimen Electoral General.

STC: Sentencia del Tribunal Constitucional.

TC: Tribunal Constitucional.

TFUE: Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

TUE: Tratado de la Unión Europea.

UE: Unión Europea.

Bibliografía.

Artículos en revistas científicas.

- Carmona, E. (1994). El principio de igualdad material en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. *Revista de Estudios Políticos (nueva época)*, (84), 265-285.
- Cerdá, C. (2007). Notas sobre la ley orgánica 3/2007, para la igualdad de mujeres y hombres, con especial atención a su incidencia en el ámbito civil. *Persona y Derecho*, (56), 357-390.
- Crenshaw, K. (1989). Demarginalizing the Intersection of Race and Sex: A Black Feminist Critique of Antidiscrimination Doctrine, *Feminist Theory and Antiracist Politics. University of Chicago Legal Forum*, Vol.1989. Artículo 8, 139-167
- Durán, P. (2009). La Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres. *Revista de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico*, (20), 1-18.
- Ferrajoli, L. (2006). Sobre los derechos fundamentales. *Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, (15), 113-136.
- García, M. V. (2008). El principio de presencia equilibrada en el art. 44 bis de la LOREG y el derecho de acceso a los cargos públicos en condiciones de igualdad: análisis crítico de la última reforma de la LOREG. *Feminismo/s: revista del Centro de Estudios sobre la Mujer de la Universidad de Alicante*, (12), 135-154.
- Gómez, Y. y Mellado, P. (1986). En torno a la posible inconstitucionalidad del apartado primero del artículo 57 de la Constitución española de 1978. *Revista de derecho político*, (22), 175-194.
- Gutiérrez, A. (2003). Reflexiones en torno al régimen constitucional de sucesión a la Corona española. *Revista de derecho político*, (57), 199-257.
- López, L. M. (2000). Igualdad, no discriminación y acción positiva en la Constitución de 1978. *Mujer y Constitución en España*, (111), 19-42
- Moraga, M. Á. (2006). La igualdad entre hombres y mujeres en la Constitución española de 1978. *Feminismo/s*, (8) 53-69.
- Rodríguez-Armas, M. L. (2004). La conciliación de la vida familiar y laboral en serio: apuntes constitucionales para una conciliación acorde con la igualdad y el principio de no

discriminación por razón de sexo. *Anuario jurídico y económico escurialense*, (37), 73-93.

Ruiz, A. (1996). La discriminación inversa y el caso Kalanke. *Doxa: Cuadernos de filosofía del derecho*, (19), 123-140.

Sáez, C. (1994) Mujeres y mercado de trabajo. Las discriminaciones directas e indirectas. *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, (13), 166-172.

Ugartemendía, J.I. y Bengoetxea, J (2014). Breves apuntes sobre las sentencias básicas del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. *Teoría y realidad constitucional*, (33), 443-479.

Capítulos de libros.

Freixes, T. (1999). Consolidación de derechos y garantías: los grandes retos de los derechos humanos en el siglo XXI: seminario conmemorativo del 50 aniversario de la Declaración universal de los derechos humanos. *Constitución, Tratado de Amsterdam e igualdad entre hombres y mujeres*. Madrid: Consejo General del Poder Judicial.

López, L. et al. (2010). Derecho Constitucional, Volumen I, El ordenamiento Constitucional, Espín, E. *La cláusula general de igualdad*, Valencia.: Tirant lo Blanch.

Puy, F. (1991). El derecho a la igualdad en la Constitución española. *El principio de igualdad en la Constitución española*. Madrid: Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica.

Serra, R. (2013). La mujer como especial objeto de múltiples discriminaciones. La mujer multidiscriminada. *Multidiscriminación en los ordenamientos jurídicos español y europeo*. Valencia: Tirant Lo Blanch.

Suay, J. (1985). *El principio de igualdad en la justicia constitucional*. Madrid: Institutos de Estudios de Administración Local.

Libros.

Abril, R. y Uribe, A. (2010). *Mujer, derecho y sociedad en el siglo XXI*. Valencia: Tirant lo Blanch.

Agudo, M. et al. (2014). *Manual de derecho constitucional*. Madrid: Tecnos.

- Balaguer, M. (2010). *Igualdad y Constitución española*. Madrid: Tecnos.
- Bonino, L. (1996). *Micromachismos-el poder masculino en la pareja*. Valencia: Ed. Generalitat Valenciana. Dirección General de la Mujer.
- García, S. (2007). *Los Derechos Humanos de la Mujer*. Bilbao: Servicio editorial de la Universidad del País Vasco.
- García, J.L. (2010). *Introducción al derecho constitucional*. Cádiz: Universidad de Cádiz.
- Montalbán, I. (2004). *Perspectiva de Género: criterio de interpretación internacional y constitucional*. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, Centro de Documentación Judicial.
- Pérez, A. E. (2005). *Dimensiones de la igualdad*. Madrid: Dykinson.
- Rey, F. (1995). *El derecho fundamental a no ser discriminado por razón de sexo*. Madrid: McGraw-Hill Interamericana de España.
- Rodríguez-Piñero, M., & Fernández, M. F. (1986). *Igualdad y discriminación*. Madrid: Tecnos.
- Sánchez, L. (1983). *Sistema político de la Constitución española de 1978*. Madrid: Editora Nacional.
- Saz, I., y Archilés, F. (2012). *La nación de los españoles: discursos y prácticas del nacionalismo español en la época contemporánea*. Valencia: Universitat de Valencia.

Páginas web.

- Brecha salarial*. (2014). Comisión Europea (actualizado el 3/6/2016), http://ec.europa.eu/justice/gender-equality/gender-pay-gap/index_es.htm
- ¿Qué partido presenta las listas más paritarias para las elecciones generales?* (2015). eldiario.es. (actualizado el 1/6/2016), http://www.eldiario.es/politica/PSOE-encabezadas-Ciudadanos-IU-UPyD_0_453555366.html
- Denuncias violencia de género*. (2016). Consejo General del Poder Judicial (actualizado el 2/6/2016), <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Violencia-domestica-y-de-genero/Actividad-del-Observatorio/Datos-estadisticos/>

El PSOE propone una nueva ley electoral con 'listas cremallera' obligatorias. (2013). El País (actualizado el 2/6/2016),

http://politica.elpais.com/politica/2013/06/04/actualidad/1370374050_157334.html

Estadísticas Violencia de Género. (2016). Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad (actualizado el 2/6/2016) <http://estadisticasviolenciagenero.msssi.gob.es/>

La igualdad en las grandes empresas avanza a pasos de tortuga. (2016). El País (actualizado el 3/6/2016),

http://economia.elpais.com/economia/2016/03/22/actualidad/1458667563_104536.html

La igualdad entre hombres y mujeres. (2016). Parlamento Europeo (actualizado el 29/3/2016),

http://www.europarl.europa.eu/atyourservice/es/displayFtu.html?ftuId=FTU_5.10.8.html

Primacía del Derecho Comunitario. (2016). Enciclopedia Jurídica (actualizado el 9/6/2016),

<http://www.enciclopedia-juridica.biz14.com/d/primacia-del-derecho-comunitario/primacia-del-derecho-comunitario.htm>

Tesis doctoral.

Ruiz, R. (2009). *El principio de igualdad entre hombre y mujeres. Del ámbito público al ámbito jurídico-familiar* (Doctoral dissertation, Tesis):

<http://www.tdx.cat/bitstream/handle/10803/10750/RuizCarbonell.pdf>